Nach welchem örtlichen Rechte sind, insbesondere seit 1. Januar 1900, Vertragsobligationen zu beurteilen?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Roos
aus Strassburg i. E.
Gerichtsassessor im Reichsland.

Approbiert am 30. Juli 1908.

Strassburg i. E.
Druckerei der Strassburger Neuesten Nachrichten A.-G.
1909.

83

Nach welchem örtlichen Rechte sind, insbesondere seit 1. Januar 1900, Vertragsobligationen zu beurteilen?

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAGERBAT. BIBL.

vorgelegt von

Otto Roos
aus Strassburg i. E.
Gerichtsassessor im Reichsland.

Approbiert am 30. Juli 1908.

Strassburg i. E.
Druckerei der Strassburger Neuesten Nachrichten A.-G.
1909.

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0055

Literatur-Verzeichnis.

1. Werke über das geltende und frühere Privatrecht Deutschlands und Österreichs.

Barazetti, Einführung in das französische Civilrecht 1889.
Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürg. Rechts 1904.
Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts 1900.
Dernburg, Pandekten 1900.
„ Preussisches Privatrecht 1895.
„ Lehrbuch des Bürgerl. Rechts des Deutschen Reichs und Preussens Bd. I 1906.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. III.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. I 1903.
Engelmann, Das Bürgerl. Recht Deutschlands.
Enneccerus-Jaeger, Lehrb. des Bürgerl. Rechts Bd. I 1905.
Koch, Lehrbuch des gemeinen Preuss. Privatrechts 1857.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. I.
Leonhard, Der allgemeine Teil des B. G. B. 1900.
Regelsberger, Pandekten.
Roth, Bayrisches Privatrecht 1871.
Savigny, System des heutigen röm. Rechts, Bd. VIII.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts Bd. I. 1893.
Thöl, Einleitung in das Deutsche Privatrecht 1851.
Unger, System des österreich. allgem. Privatrechts 1868.
Windscheid-Kipp, Bd. I. 1906. Pandekten.
Die Commentare betreffend das E. G. B. G. B. von *Niedner, Neumann* und *Plank* 1905, sowie *Fischer-Henle,* Handausgabe 1906.
Protokolle zum 2. Entwurf des B. G. B., amtl. Ausgabe.

2. Werke, betr. das internationale Privatrecht.

Asser, Das intern. Privatr., bearbeitet aus dem Holländ. von Cohn 1880.
v. Bar, Theorie und Praxis des intern. Privatr. 1889.
„ Lehrbuch des intern. Privat- und Strafrechts 1892.

v. Bar, Internationales Privatr. in Kohler's Encyklopädie Bd. II.
Barazetti, Das internationale Privatrecht im Gesetzbuche für das Deutsche Reich 1897.
Bekker, Über die Couponsprozesse der österreich. Eisenbahngesellschaften 1881.
Böhm, Die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen 1890.
Pasquale Fiore, Droit international privé en principes pour resoudre les conflits etc., traduit de l'Italien par Pradier-Fodéré, Paris 1875.
Foelix, Traité du droit international privé 1866.
Meili, Das intern. Civil- und Handelsrecht 1902.
Neumann, Intern. Privatr. in Form eines Gesetzentwurfs 1890.
Niemeyer, Vorschläge und Materialien zur Codifikation des intern. Privatr. 1895.
„ Das intern. Privatr. des B. G. B. 1901.
„ Positives internationales Privatrecht Bd. I.
Zitelmann, Intern. Privatr. 1897 und später.

3. Sonstige Schriften.

Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages 1897.
Kahn, in Ihering's Jahrb. Bd. 30.
Marcusen, in Böhm's Zeitschrift für intern. Privat- und Strafrecht Bd. 10.
v. Bar, im Archiv für öffentl. Recht Bd. 15.

Entscheidungen wurden nachgelesen in:
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Juristische Zeitschrift für Elsass-Lothrg. und Böhm's Zeitschrift.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Erster Abschnitt: Einführung und Grundlegendes. 1

I. Das örtliche Recht der Vertragsobligationen in der deutschen Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts und gegenwärtiger Stand der Frage (die vier Lehren) . . . 1

II. Die formelle Einwirkung der Einführung des B. G. B. auf die bisherige Rechtslage 6

III. Grundsätzliche Stellungnahme zu der totalen Lücke des E. G. B. G. B. auf dem Gebiete des Themas 8

Zweiter Abschnitt: Allgemeines; Bedingungen und Gesichtspunkte für die Lösungen 12

I. Die Vielgestaltigkeit des Vertragsobligationenrechts und Einheitlichkeit des örtlichen Rechts 12

II. Gesichtspunkte aus der Natur der Collisionsnormen . . 14

A. Internationale Ausgleichung derselben im Vertragsobligationenrecht 15

B. Die Freiheit der Anknüpfungsmomente von Rechtskriterien 17

— Anmerkung über die Frage der Rückverweisung. — 17

III. Die Behandlung zweiseitig verpflichtender Verträge mangels eines den Parteien gemeinsamen Ortsrechts . . 18

Dritter Abschnitt: Die einzelnen Lehren. . . . . . .

I. Das Heimatrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses 24

A. Dogmatische Entwickelung nach dem Zitelmann'schen Aufbau des internationalen Privatrechts 24

B. Würdigung nach den praktischen Consequenzen . . 26

C. Einwirkung des Staatsangehörigkeitsprinzips im E. G. B. G. B. auf das Vertragsobligationenrecht? 27

Seite

II. Das Wohnsitzrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsabschlusses 28
A. Die Begründungen der Lehre 28
(1. die prinzipiellen Gründe von v. Bar's;
2. die Herleitung aus der allgemeinen Struktur der Vertragsobligation;
3. relative Gründe).
B. Würdigung der Lehre 31
III. Das Recht des Errichtungsortes. 32
IV. Das Recht des Erfüllungsortes. 34
A. Darlegung der Lehre 34
(nach 1. Savigny 2. den modernen Rechtslehrern 3. der Rechtsprechung des R. G.)
B. Deren Würdigung (Aufbau einer Lösung):
1. nach der inneren Begründung 37
a) die Bedeutung der Parteiintention,
b) Herrschaft des Rechtes des Erfüllungsortes über die Erfüllungshandlung,
c) die Herrschaft der Prohibitivgesetze am Erfüllungsort über die Obligation selbst
d) Herrschaft des Rechtes des Erfüllungsortes über die übrigen Seiten der Obligation.
2. nach den äusseren Consequenzen 44
Ergebnis; unterstützende Momente 48

ERSTER ABSCHNITT.

Einführung und Grundlegendes.

I. Die Frage des internationalen Privatrechts: Nach welchem örtlichen Rechte sind Vertragsobligationen zu beurteilen? hat im Gebiete der deutschen Rechtspflege und Wissenschaft für die moderne Zeit bereits ihre Geschichte.

Vor dem klassischen Werke Savigny's[1]) wurde sie überwiegend dahin beantwortet, dass, sofern nicht die Selbstbestimmung der Parteien Platz greift, das örtliche Recht des Errichtungsortes entscheidend sei. Savigny brachte, im Anschluss an das Prinzip vom Sitz der Rechtsverhältnisse im Raume, die Lehre zur Geltung, dass der Erfüllungsort der Vertragsobligation das massgebende Recht bestimme. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte, des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts, ihnen folgend diejenigen der unteren Instanzen, machte sich letztere in ständiger Praxis zu eigen; namhafte Schriftsteller vertraten sie. Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts aber mehrten sich die Stimmen in der Theorie des deutschen internationalen Privatrechts, welche das örtliche Recht des Wohnsitzes des Schuldners für das entscheidende erklärten. Zugleich machte sich eine Unterströmung bemerkbar, die, eine Lösung der Frage aus sachlichen Gründen verneinend, das Recht des Errichtungsortes befür-

[1]) Bd. VIII des Systems des heutigen röm. Rechts.

wortete[1]). Dieser Zustand spiegelt sich in der gesetzgeberischen Vorgeschichte des internationalen Privatrechts des B. G. B. Ein kurzer Bericht über dieselbe mag hier Platz finden.

Der sog. Gebhard'sche Vorentwurf stellte in seinem § 11 (nach der zweiten Fassung) folgende Bestimmung auf:

„Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden werden nach den Gesetzen des Orts beurteilt, an welchem der Schuldner zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts seinen Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthalt hat. Ergeben bei einem Vertrage die Umstände, dass die Vertragschliessenden die Anwendung der Gesetze eines andern Ortes voraussetzen mussten, so sind die Gesetze dieses Ortes massgebend.

Entstehen aus einem Vertrage für beide Teile Verpflichtungen und sind für die letzteren die Gesetze verschiedener Orte massgebend, so kann jeder Teil verlangen, dass seine Verpflichtung nach den für die Verpflichtung des andern Teiles massgebenden Gesetzen beurteilt werde."

In dem im Jahre 1889 veröffentlichten Entwurf war indes mit dem internationalen Privatrecht überhaupt auch dieser Paragraph (vom Bundesrat) ausgeschieden. Die zweite Kommission wiederum, welche der besagten Materie ein besonderes 6. Buch des Entwurfes einräumte, nahm die nachstehende Bestimmung auf:

§ 2366 (der revidierten Fassung)[2]): „Das Schuldverhältnis aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden wird nach den Gesetzen des Ortes beurteilt, an dem das Rechtsgeschäft zum Abschlusse gelangt.

Ist den Umständen nach anzunehmen, dass von den Beteiligten die Anwendung der Gesetze eines anderen Ortes vorausgesetzt sein muss, so sind die Gesetze dieses Ortes massgebend."

Der Bundesrat, der dem internationalen Privatrecht des B. G. B. seine eigentümliche Gestalt gab, liess diesen Paragraphen fallen, so dass die sedes materiae, das E. G. B. G. B. (§§ 7—31), keine Regelung des Gegenstandes enthält, eine sog. „totale Lücke" aufweist.

---

[1]) Niemeyer, Vorschläge und Materialien zum internationalen Privatrecht.

[2]) Nach Niemeyer, a. a. O. S. 6.

Die Frage: nach welchem örtlichen Rechte sind im Hinblick auf das B. G. B. (bezw. des Einführungsgesetzes zu demselben) Vertragsobligationen zu beurteilen? wurde deshalb im Jahre 1897 zum Gegenstand der Beratungen des 24. Deutschen Juristentages gemacht. Hier stand dem Recht des Wohnsitzes, vertreten von Neumann und in abgeschwächtem Sinne von Mitteis, das des Erfüllungsortes gegenüber[1]). Der Juristentag entschied sich für das letztere. Auch das Reichsgericht schien unter der Herrschaft des neuen Rechts der alten Praxis treu zu bleiben[2]). Diese ständige Rechtsprechung ist aber in der neueren Zeit ins Wanken gebracht durch die Entscheidungen des VI. Senats (vom 12. Oktober 1905 und 12. Februar 1906)[3]). Hier[4]) wird die Richtigkeit der bisher befolgten Lehre in Frage gestellt, die Frage des vorliegenden Themas geradezu aufgeworfen, eine massgebliche (präjudizielle) Stellungnahme mit Rücksicht auf die davon entbindende Lage des Falles, zwar vermieden, gleichwohl aber die Neigung des erkennenden Senats zu der Lehre vom Personalstatut des Schuldners zum Ausdruck gebracht. Diesen Neuerungsgedanken tritt der II. Senat in einem später erlassenen Urteil[5]) entgegen; er will auch unter dem neuen Recht an dem hergebrachten Standpunkt von dem Recht des Erfüllungsortes festhalten.

In der neuesten deutschen Doctrin schliesslich macht sich die Ansicht von der subsidiären Massgeblichkeit des durch die Staatsangehörigkeit des Schuldners vermittelten Rechts bemerkbar. Damit sind, da die lex fori in der modernen Periode überhaupt ausscheidet[6]), sämtliche denkbaren Anknüpfungsmomente verwertet.

---

[1]) Verhandlungen des 24. D. Juristentages Bd. 1. S. 169ff und Bd. 4 S. 76ff.

[2]) Vgl. Bd. 54. S. 316, Bd. 58. S. 367.

[3]) Bd. 61. S. 343 und Bd. 62. S. 379.

[4]) in der erstgenannten Entscheidung; die zweite nimmt auf diese Bezug.

[5]) vom 26. April v. J., mitgeteilt in der Jur. Wochenschrift (vom 15. Juni) S. 359.

[6]) Dies wird weiter unten (III) noch belegt werden.

Da auch das Ausland in Gesetzgebung, Theorie und Praxis keine grundsätzlich anderen Lösungen, sondern nur zuweilen Combinationen der verschiedenen Anknüpfungsmomente darbietet[1]), so stehen sich vier Theorien gegenüber, die das gemeinsam haben, dass sie sämtlich in erster Linie, soweit keine zwingenden Gesetze entgegenstehen, den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Parteiwillen bezüglich des örtlichen Rechts entscheiden lassen wollen, sodann aber in grösserem oder geringerem Umfange für anwendbar erklären:

1. das Heimatsrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses, in Deutschland vertreten von Zitelmann[2]), Crome, Kohler;
2. das Wohnsitzrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses. Von den Anhängern seien hervorgehoben: Thöl, von Bar, Windscheid, Regelsberger, Neumann;
3. das Recht des Erfüllungsortes der Vertragsobligation; dafür nach dem Vorgange Savigny's, neuerdings insbesondere, Dernburg, Enneccerus, der 24. Deutsche Juristentag. Vom Ausland sei Story (Amerika) erwähnt. Vermittelnd zwischen der Ansicht zu 2) und 3) ist Endemann's[3]) Standpunkt. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist bereits erwähnt.
4. das Recht des Ortes des Geschäftsabschlusses; befürwortet von Niemeyer de lege ferenda, im Auslande entsprechend dessen Gesetzgebung bezw. Rechtsprechung überwiegend vertreten — Foelix, Fiore, Asser, Laurent[4]) die französisch-italienische Schule.

---

[1]) Ein Bild der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes im grossen s. im zweiten Abschnitt unter II.

[2]) Die Literaturnachweise finden sich, soweit nicht bereits ersichtlich gemacht, im 3. Abschnitt der Arbeit bei der Durchsprechung der einzelnen Ansichten.

[3]) In den ersten Auflagen des Lehrb. vertrat er das reine Recht des Erfüllungsortes. Ebenso Cosack, der in den neueren Auflagen seines Lehrb. immerhin eine andere Formulierung gewählt hat.

[4]) In dessen Entwurf für Belgien art. 14, abgedruckt bei Neumann, Intern. Privatr. S. 209.

Die Behandlung der Frage unseres Themas wie überhaupt des internationalen Privatrechts in den Deutschen Particularrechts-Codifikationen dürfte in diesem Zusammenhange besonders interessieren. Es ergibt sich folgendes Bild. Das Preussische Allg. Landrecht (1794), Einl. §§ 23–45, steht, wie auch der code civil (1804), wo lediglich art. 3 dem internationalen Privatrecht gewidmet ist, auf dem Standpunkt der damals herrschenden Statutentheorie (wonach das Schema der statuta personalia, realia (und mixta) zur Lösung der einschlägigen Fragen ausreichen sollte)[1]; beide Codifikationen lassen die Frage der Vertragsobligationen offen. Bemerkenswert ist, dass der code civil in jenem art. 3[2]) das von der modernen Rechtsanschauung, insbesondere auch dem B. G. B., wieder aufgenommene Prinzip der Nationalität des Personalstatuts anordnet. — Das Sächs. bürg. Gesetzb. (1865) § 11 lässt für Vertragsobligationen uneingeschränkt den Erfüllungsort massgebend sein. — Für Baiern (rechts des Rheins) wurde die durch die bair. Gerichtsordnung (XIV. 7. Nr. 8) nicht zweifellos erledigte Frage durch Verordnung vom 11. VI. 1816, I. 2., — im Wege der authentischen Interpretation — dahin geregelt, dass bei Klagen aus Verträgen „die Gesetze des Orts, wo derselbe seine Vollkommenheit erlangt hat, oder wo derselbe zu erfüllen ist", in Anwendung zu bringen sind.[3]) Das österr. allgem. bürgerl. Gesetzb. (1811) §§ 35—37, stellt — abgesehen von dem singulären Fall des § 35 — auf den Ent-

[1]) Vgl. Koch, Lehrb. des Gem. Preuss. Privatrs. (1857) Bd. I. S. 134 und Crome, Allgem. Teil der modernen französ. Privatrechtswissenschaft S. 72. Nach Dernburg — Preuss. Privatr I. S. 55 Note 2 — hatte sich übrigens die ältere preuss. Praxis dem Rechte des Vertragsorts zugewandt. Von neueren preuss.-rechtl. Schriftstellern vertritt dasselbe namentlich noch Eccius. Preuss. Priv.-Recht. 5. Aufl. I. S. 61 (citiert nach Niemeyer, Vorschläge S. 240).

[2]) Art. 3, Abs. 2: Les lois concernant l'état et la capacité des personnes regissent les Français, même résidant en pays étranger.

[3]) Nach Roth Bair. Civilr. (1871) I. S. 142, insbes. N. 69 und 70. — Damit war ausgesprochen, dass die durch die Person gegebenen Anknüpfungsmomente auszuschalten und die Wahl auf jene beiden durch die Tatsache des Vertragsabschlusses und den Vertragsinhalt gegebenen zu beschränken sei; — zu einem entsprechenden Ergebnis werden wir im Laufe der folgenden Untersuchung gelangen.

stehungsort der Verträge ab, jedoch lediglich für den Zweifelsfall, nämlich „wenn nicht bewiesen wird, dass bei der Abschliessung auf ein anderes Recht Bedacht genommen worden sei (Fall des Abschlusses auf österr. Gebiet, § 36 des Ges.) oder „insofern bei der Abschliessung nicht offenbar ein anderes Recht zum Grunde gelegt worden ist.“ (Fall des Abschlusses im Auslande, § 37 des Ges.) Das österr. Recht — in diesem Falle zugleich Recht des Entstehungsortes — soll unbedingt massgebend sein lediglich bei Geschäftsschluss eines Ausländers mit einem Inländer in Österreich. — Dem Recht des Erfüllungsortes ist damit implicite, wenigstens vom Standpunkt der herrschenden Lehre und Praxis in Österreich[1]), ein weites Zugeständnis gemacht, indem Unterwerfung der Parteien unter das Recht des Erfüllungsortes stets angenommen wird, wenn letzterer in dem Vertrage ausdrücklich d. i. wörtlich bezeichnet ist (die blosse Schlüssigkeit aus der Natur der Leistung oder den Umständen genügt nicht).

II. Nach welchem örtlichen Rechte sind nach deutschem internationalen Privatrecht unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs (und des Einführungsgesetzes zu demselben) Vertragsobligationen zu beurteilen? Diese Frage führt angesichts der festgestellten totalen Lücke auf die Vorfrage nach der formellen Einwirkung der neuen Codifikation auf die bisherige Rechtslage. Kommt doch das Bestehen von Gewohnheitsrechten in dem vorliegenden Punkte auf dem Boden der früher in Deutschland geltenden (Particular-) Rechte immerhin in Betracht und war doch — so kann man wohl sagen — infolge der Rechtsprechung der Reichsgerichte ein übereinstimmendes — gemeines — Gewohnheitsrecht wenigstens in der Entwickelung begriffen.

Art. 55 E. G. B. G. B. besagt: „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten ausser Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz

---

[1]) Vgl. Unger, System des österr. Priv.-Rechts. (1868) Bd. I. S. 182, dem auch das folgende entnommen ist. — Böhm, die räuml. Herrschaft d. Rechtsnormen S. 109, lehrt in der dort gegebenen Übersicht geradezu, dass nach österr. A. bürg. Ges.-B. das Recht des Erfüllungsortes, sofern ein solcher verabredet ist, entscheidend sei.

ein anderes bestimmt ist.“ Es fragt sich demnach, ob die Vorschriften des internationalen Privatrechts dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehören. Dem öffentlichen Recht wird die Materie, unter dem Widerspruch Planck's[1]) zugewiesen von Zitelmann[2]) Crome[3]), anscheinend auch von v. Bar[4]) und Kohler[5]): Die Normen, führt Zitelmann[6]) aus, die über die Anwendung mehrerer Privatrechtsordnungen bestimmen, könnten nicht selbst Privatrecht sein; das positive internationale Privatrecht sei deshalb innerstaatliches öffentliches Recht. Demgegenüber vergleicht Franz Kahn an einer Stelle seiner Abhandlungen das Verhältnis des internationalen Privatrechts zu dem Privatrecht des betreffenden Staates selbst mit dem eines Rahmens zum Bilde. In der Tat scheint es mir von der jeweiligen, durch den Zusammenhang bedingten Betrachtungsweise abzuhängen, ob man das internationale Privatrecht eines bestimmten Staates in dessen Privatrechtsbestand einbezieht oder von diesem als öffentliches Recht sondert; man könnte deshalb auch von relativem öffentlichen Rechte sprechen. Indes bleibt die Frage für den vorliegenden Fall eine theoretische. Denn darüber herrscht Eine Meinung, welche auch von den im übrigen Widersprechenden geteilt wird[7]), dass bei den gesetzgeberischen Arbeiten das internationale Privatrecht dem materiellen Privatrecht zugeteilt wurde — sonst wäre eine Verfassungsänderung notwendig gewesen — und dass somit Art. 55 a. a. O. nach dem Geiste der Gesetzgebung auch auf

[1]) s. die bezügl. Literaturangabe weiter unten.

[2]) Intern. Privatr. I. S. 199.

[3]) Lehrb. des Bürg. Rechts Bd. I. S. 131 Note 6.

[4]) Zeitschr. f. intern. Privatr. Bd. 8. S. 178; er nennt sie die Zuständigkeitsbestimmungen für die Gesetzgebung des einzelnen Staates.

[5]) Lehrb. d. B. R. Bd. I. S. 30 u. 31; er erblickt in dem innerstaatlichen intern. Privatrecht ein Amtsrecht neben dem übrigen Gesetzesrecht, nämlich Befehle, die der Staat seinen Gerichten über die Rechtsanwendung erteilt, insofern nach Kohler mit dem Amtsrecht des römischen Prätors vergleichbar.

[6]) a. a. O.

[7]) Vgl. Planck, Komm. zu Art. 7. E. G. B. G. B. unter 4 S. 25, Niedner, Komm. zum E. G. B. G. B. S. 15; Niemeyer, das intern. Privatr. im Entwurf des B. G. B. (Vortrag) S. 43.

jenes zu beziehen ist. Auch das Reichsgericht spricht sich in der oben bereits in die Erörterung gezogenen Entscheidung[1]) dahin aus, dass bestehende landesrechtliche Gewohnheiten auf dem Gebiete der untergebenen Materie nach Art. 55 a. a. O. keine Geltung mehr beanspruchen könnten, „obwohl auch die neue Gesetzgebung die Frage nirgends ausdrücklich entschieden hat.“[2])

III. Es besteht also für die Materie des Vertragsobligationenrechts im internationalen Privatrecht des B. G. B. in Wahrheit die angedeutete totale Lücke. Für deren Ausfüllung ist aber aus den übrigen Vorschriften des E. G. (Art. 7—31) eine Handhabe nicht zu gewinnen, um so weniger, als die Bestimmungen des internationalen Privatrechts des E. G. sich als „Einzelvorschriften“ darstellen. (Bemerkenswert wegen der Wichtigkeit der Anwendung im Vertragsobligationenrecht sind nur bei ihrer allgemeinen Natur die Art. 7, 11 und 30 a. a. O.) Die allgemeine Frage, nach welchen Grundsätzen Lücken des positiven internationalen Privatrechts (§ 7—31 E. G. B. G. B.) auszufüllen sind — ein Gegenstand vielfacher Erörterungen — kann somit consequenter Weise nicht umgangen werden; sie trifft mit der formalen Frage zusammen, welches die Stellung des Richters bei einer solchen vom Gesetzgeber unterlassenen Regelung einer Materie in dem besagten Rechtsgebiet ist. Die praktisch-materielle Ausbeute aus einer solchen Betrachtung ist allerdings gering; indes erscheint die (durch die Frage bedingte) Stellungnahme zu dem Wesen des internationalen Privatrechts und dessen Stellung in der Rechtsordnung im Interesse wissenschaftlicher Klarheit nicht gut entbehrlich. Eine Orientierung im Anschluss an die — vorsichtig abwägenden — Ausführungen Planck's[3]) dürfte deshalb für den vorliegenden Zweck genügen.

In Übereinstimmung mit der überwiegenden Zahl der Schriftsteller ist davon auszugehen, dass das internationale Privatrecht zunächst nach dem innerstaatlichen Recht des

[1]) Bd. 61. S. 345.

[2]) Das Reichsgericht huldigt demnach anscheinend der Auffassung von dem öffentlich-rechtlichen Charakter des internationalen Privatrechts.

[3]) s. d. folg. Note.

einzelnen Staates zu beurteilen ist; d. h. jeder Staat hat die rechtliche Macht zu bestimmen, ob ein Verhältnis nach seinem eigenen Rechte oder nach dem Rechte eines anderen Staates beurteilt werden soll. Soweit das positive internationale Privatrecht aber für eine bestimmte Materie keine Regelung gibt (so dass Auslegung und Analogie nicht herangezogen werden können), ist jedenfalls das Exclusivitätsprincip, wonach der Richter bedingungslos die lex fori anzuwenden hat, heute als ausgeschlossen zu betrachten. Dies wäre „unvereinbar mit der Gleichberechtigung aller Kulturstaaten und den Bedürfnissen des modernen Verkehrs[1]).“ Planck stellt nun folgende Erwägung an[2]), der im wesentlichen beizutreten sein dürfte.

Da der Richter nicht nach seinem Ermessen, sondern nach dem Rechte zu erkennen hat, so bleibt nur übrig anzunehmen, dass es ein überstaatliches, ohne Rücksicht auf die gesetzliche Einführung geltendes internationales Privatrecht gebe oder dass in der Rechtsordnung eines jeden Staates die Vorschrift stillschweigend enthalten sei, dass, sofern das eigene Recht keine Bestimmungen gebe, gewisse allgemeine Grundsätze des internationalen Privatrechts anzuwenden seien. Die erstere Annahme lässt sich nicht rechtfertigen, denn ein über den einzelnen Staaten und unabhängig von ihrer Gesetzgebung geltendes Recht besteht nur auf dem Gebiete des Völkerrechts und begründet, soweit es hier besteht, nur eine Bindung der Staaten selbst, nicht aber eine Verpflichtung ihrer Angehörigen oder Gerichte. Die zweite Annahme dagegen dürfte dem Geiste und der Absicht aller Rechtsordnungen der Kulturstaaten entsprechen. Man kann vielleicht sagen, dass es sich hier um einen aus den Bedürfnissen des modernen Verkehrs hervorgegangenen in allen Staaten gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtssatz handle. Was nun den Inhalt dieser Rechtssätze betrifft, so erscheint der Weg Zitelmanns, ihn aus dem Völkerrecht als subsidiäre Rechtsquelle herzuleiten, nach Lage des bestehenden Völkerrechts nicht haltbar[3]). Es er-

---

[1]) Planck zu Art. 7 E. G. B. G. B. unter 3.

[2]) a. a. O.

[3]) Vgl. die Ausführungen im 2. Abschnitt unter B I der Arbeit.

übrigt demnach nur, wie es bereits bisher geschah, die Ergebnisse der Wissenschaft und Praxis zu Grunde zu legen. „Insoweit nicht etwa ein Gewohnheitsrecht nachweisbar ist, handelt es sich um Grundsätze, die aus der Vergleichung der in den verschiedenen Staaten bestehenden Normen des internationalen Privatrechts, aus dem Bedürfnisse des Verkehrs und der sogenannten Natur der Sache abgeleitet werden. Indem aber die Rechtsordnung zur Zeit darauf verzichtet, diese Grundsätze selbst festzustellen, liegt sachlich eine Art von Delegation der Gesetzgebung an die Gerichte vor. Diesen wird damit aufgegeben, die Grundsätze aufzusuchen, welche der Gerechtigkeit und den oben hervorgehobenen Rücksichten am meisten entsprechen und in Ermangelung wirklicher Rechtssätze nach ihnen zu urteilen.“

Hierbei ist aber m. E. nicht zu fordern, dass der deutsche Richter bei der Findung der Collisionsnorm unbedingt von dem einheimischen materiellen Privatrecht absieht. Ich möchte vielmehr Endemann[1]) beitreten, wenn er lehrt: „Im weiteren wird der deutsche Richter unter vorzugsweiser Beachtung der unveräusserlichen Grundlagen des heimischen Rechts sich als Ziel die Erreichung einer internationalen Verkehrsgemeinschaft vorzuhalten haben.“ —

Damit ist abgelehnt das sogen. Princip der „Kompetenzerwägung“, das, von Neumann aufgestellt[2]), nicht ganz ohne Gefolgschaft geblieben ist[3]). Neumann schliesst daraus, dass eine Anzahl der Vorschriften des E. G. B. G. B. einseitig nur die Anwendung des deutschen Rechts verfügt, auf die Absicht des Gesetzgebers, nur den Competenzconflict zum Gegenstand seiner Regelung zu machen: er bejaht demnach die Zuständigkeit des deutschen Rechts zum Erlass von Collisionsnormen nur für die im Inland gelagerten Rechtsbeziehungen, für die hier geschlossenen Rechtsgeschäfte etc. Für das örtliche Recht der Vertragsobligationen ist nach ihm jedesmal die Vorfrage der Vorfrage zu lösen, ob der Vertrag im Inland

---

[1]) Lehrb. I. S. 94.

[2]) Verhandlungen des 24. D. Juristentages I. S. 172.

[3]) Niedner, Komm. zum E. G. S. 13.

geschlossen ist, erst dann kann deutsches internationales Privatrecht zur Anwendung kommen; andernfalls ist die ausländische Collisionsnorm heranzuziehen.

Die Ansicht hat eine eingehende Widerlegung bei Niemeyer[1]) gefunden, wurde auch vom deutschen Juristentag 1897 abgelehnt[2]), sodass von einer eigenen Darlegung hier Abstand genommen werden kann.

---

[1]) Das intern. Privatr. des B. G. B. S. 21. Ferner von Kahn in Iher. Jahrb. Bd. 39. S. 16 (citiert nach Endemann).

[2]) Verhandlungen Bd. 4. S. 125.

ZWEITER ABSCHNITT.

Allgemeines; Bedingungen und Gesichtspunkte für die Lösungen.

Nach welchem örtlichen Rechte sind Vertragsobligationen zu beurteilen? Das Thema bedarf der Umgrenzung. Schuldverhältnisse aus familien- und erbrechtlichen Verträgen scheiden aus, da unter eigenen Grundsätzen stehend; desgleichen solche aus sachenrechtlichen Verträgen, sofern sie nicht etwa — was hier so allgemein nicht zu untersuchen — den Grundsätzen der obligatorischen Verträge im internationalen Privatrecht folgen. Es bleiben die Schuldverhältnisse aus obligatorischen Verträgen. Nicht zu erörtern sind bei der Untersuchung über deren örtliches Recht die allgemeinen, diesen nicht besonders eignenden Punkte, wie: Geschäftsfähigkeit, Form der Rechtsgeschäfte und der Ausschluss des ausländischen Rechts aus Gründen der Sittlichkeit und des Staatswohles (Exclusivitätsklausel des Art. 30 E. G.). Auch die Frage der Rück- (und Weiter-) Verweisung, deren Gebiet ja weniger im Vertragsobligationenrecht, als im typischen Bereiche des Personalstatuts (Familien- und Erbrecht) liegt, soll nur in der Form einer Anmerkung skizziert werden. (S. unten hinter II).

I. Nach welchem örtlichen Recht sind „Vertragsobligationen" nun zu beurteilen? Die Vielgestaltigkeit des Vertragsobligationenrechts zeigt sich für die Frage in doppelter Richtung, einmal in der Mannigfaltigkeit der Vertragsinhalte

überhaupt, sodann in der Möglichkeit verschiedener Phasen in der Entwickelung derselben Obligation. Ein flüchtiger Blick auf die Fälle des Obligationenrechts genügt, um die hieraus erwachsenden Schwierigkeiten zur Anschauung zu bringen: Ein Unternehmer eines Eisenbahnbaues in Deutschland wirbt in Italien Arbeiter an (deren Wohnsitz oder Staatsangehörigkeit möglicherweise einem anderen Rechtsgebiete als dem italienischen zufällt)[1]). Wenn einer der Arbeiter vor Antritt des Vertrages zurücktreten will, welches örtliche Recht ist dafür massgebend? Etwa dasselbe, wie für die Erfüllung des Vertrages in Deutschland? — Ein Weinhändler in Deutschland macht mit einem französischen Produzenten einen Abschluss, Erfüllungsort in Basel (man nehme an: wegen beabsichtigten Weitervertriebs in der Schweiz). Welches örtliche Recht ist hier für die Leistung des Weines, handelsrechtliche Untersuchungspflicht, Wandelung, Minderung etc. massgebend? — Man denke ferner an die naheliegenden Verwickelungen bei der Cession oder Bürgschaft. Eine weitere Schwierigkeit bildet bei den zweiseitig verpflichtenden, insbesondere den synallagmatischen Verträgen die Doppelseitigkeit der Obligationen, sofern diese an und für sich verschiedenen örtlichen Rechten unterstehen. Soll ein solcher Vertrag für eine Partei gültig, für die andere ungültig sein? Dieses Problem, der Gegenstand einer eigenen Controverse, soll unter III vor dem Eingehen auf die einzelnen Lehren behandelt werden, da diese sämtlich, ausser der Lehre vom Errichtungsorte, sich damit abzufinden haben.

Diese Vielgestaltigkeit des Obligationenrechtes hat die Ansicht gezeitigt, dass ein allgemeines Prinzip für das örtliche Recht bei Vertragsobligationen sich nicht aufstellen lasse. In diesem Sinne spricht sich Stobbe aus[2]). In der Tat scheint die Verschiedenartigkeit der Fälle wenigstens eine vorsichtige induktive Untersuchung zu erheischen, ehe man zur Aufstellung eines allgemeinen Prinzips gelangt, — ein Verfahren, das von Seeler in seinem Gutachten auf dem 24. Deutschen Juristentag

[1]) Beispiel von Mitteis in Verhandlungen des 24. D. Juristentages Bd. 4 S. 98.

[2]) Handbuch des D. Privatr. (1893) Bd. I S. 25.

nach dem damaligen Stand der Frage für angezeigt hielt[1]). Indes einmal hat das sogen. örtliche Recht der Vertragsobligationen nur eine subsidiäre Funktion auszuüben: soweit die Selbstbestimmung der Parteien — in mehr oder weniger weitem Sinne gefasst — nicht Platz greift. Darüber sind sich alle neueren Schriftsteller einig. Sodann aber handelt es sich nach Lage der Sache nicht darum, ein für alle noch verbleibenden Fälle passendes apodiktisches Prinzip zu finden. Indem man nach dem spezifischen örtlichen Recht der Vertragsobligationen fragt, sucht man vielmehr für die Fälle des „non liquet" eine leitende Norm, deren Anwendung sich juristisch rechtfertigen lässt[2]).

In diesem Sinne ist ein Prinzip der Praxis unentbehrlich, selbst auf die Gefahr etwaiger misslicher Konsequenzen aus dessen Starrheit. Der Rechtssicherheit für die Parteien und die Rücksicht auf eine sichere und rasche Rechtsfindung durch den Richter erfordern es.

Einen Rechtssatz im dogmatischen Sinne kann aber nur der fordern, der überhaupt für das internationale Privatrecht Normen von allgemeiner, gleichsam apriorischer, Geltung in Anspruch nimmt, wie es Zitelmann tut.

II. Der Massstab an die Brauchbarkeit und den Wert der einzelnen Theorien wird aber nicht nur gebildet durch gewisse dem Recht der Vertragsobligationen eignende Bedingungen, sondern auch durch allgemeine, auf dem internationalen Moment beruhende Postulate. Die Brauchbarkeit nach dieser Richtung ist unabhängig von der inneren Begründung der Theorie: Es darf gefordert werden, dass das Anknüpfungsmoment möglichst frei sei von die Rechtsanwendung behindernden Rechtskriterien und es muss bei der Auswahl der Collisionsnorm eine Angleichung an die sonst im Weltverkehr herrschenden Anwendungsnormen im Auge behalten werden. Der letztere Gesichtspunkt, die Rücksicht auf die internationale Übereinstimmung der Collisionsnorm, soll zuerst erörtert werden.

---

[1]) Verhandlungen desselben Bd. 2 S. 34. — v. Seeler hielt die Frage damals aus diesem Grunde nicht für spruchreif.

[2]) Vgl. v. Bar, Theorie II. S. 23 unter d.

A. Der Missstand, der aus der Verschiedenheit der Collisionsnormen der einzelnen Staaten hervorgeht, ist offensichtlich[1]). Es kommt also dann bloss darauf an, wo der Rechtsstreit ausgetragen wird, um die materielle Beurteilung von vornherein zu beeinflussen. Wenn z. B. der eine Staat (Frankreich) das Recht des Errichtungsortes, der andere (so die bisherige deutsche Rechtsprechung) dasjenige des Erfüllungsortes des Vertrages zu Grunde legt und der zu Verklagende hier wie dort einen Gerichtsstand hat, so hat es der Kläger in der Hand, das ihm günstigere Recht zur Anwendung auszulösen (die Anerkennung der Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils wird hierbei vorausgesetzt). Anderseits ist der zu Verklagende durch Verlegung seines Wohnsitzes in der Lage, sich dem ihm ungünstigen örtlichen Rechte zu entziehen. Mag man auch sagen, es handle sich mit der Forderung der internationalen Übereinstimmung der Collisionsnormen nur um ein (den Richter nicht berührendes) Ideal, so fällt das Moment, gerade wegen der deducierten freien Stellung des Richters, bei der Entscheidung in unserer Frage doch mit in die Wagschale. Ein Blick auf die Rechtslage im Ausland ist demnach angezeigt und von Interesse[2]). Allerdings kann das Bild (von der Unvollständigkeit abgesehen) nicht scharf sein; denn der Inhalt der Gesetze in unserer Materie und die Ausgestaltung der Rechtssätze in der Praxis widerstreben einer Wiedergabe in dem Schema der 4 Theorien.

Für das Recht des Vertragsortes zum Teil mit Modifikationen haben sich erklärt inbesondere: Italien auf Grund Gesetzes[3]), Frankreich, Belgien, Spanien (nach der Rechtspraxis); ferner mit Zugeständnissen für das Recht des Erfüllungsortes: Österreich (Gesetz[4]), England und Nordamerika (nach der Rechtspraxis). Das Recht des Erfüllungsortes

---

[1]) Derselbe wird anschaulich dargelegt von Zitelmann intern. Privatr. Bd. 1. S. 1ff., welche Ausführungen verwertet sind.

[2]) Mit Zuhilfenahme von Neumann, intern. Privatr. S. 205ff. Niemeyer, Vorschläge S. 239, Verhandl. des 24. D. Juristentages. Bd. 4 S. 112, Bd. 1 S. 190ff.

[3]) Codice civil (1865) Art. 9.

[4]) Allg. bürgerl. Gesetzbuch (1811) §§ 35—37.

gilt in Chile[1]), Mexiko[2]), Griechenland[3]), den Ostseeprovinzen[4]) (auf Grund Gesetzes). Für die Lehre vom Heimatrecht kann allenfalls auf die japanische Gesetzgebung[5]) verwiesen werden. Es wird demnach der Kultus der lex loci contractus als international überwiegend bezeichnet. Nach der Behauptung Boyens[6]) stände allerdings der hierdurch gebildeten Gruppe, im Weltverkehr zum mindesten gleich, eine solche von dem Rechte des Erfüllungsortes gegenüber. Es wird aber doch wohl mit Niemeyer[7]) und der zweiten Kommission des B. G. B. anzunehmen sein, dass das Recht des Errichtungsortes als Prinzip im Weltverkehr an erster Stelle steht, das „kosmopolitisch herrschende Prinzip" ist, und dem Rechte des Erfüllungsortes nur neben diesem eine besonders starke vielleicht wachsende Ausdehnung bezw. Bedeutung zukommt.

Hierbei ist indes noch ein Moment von grundsätzlicher Bedeutung im internationalen Privatrecht in Betracht zu ziehen, das auch bei dem sogleich unter B. zu erörternden Punkt eine Rolle spielen wird. Die Gleichheit des Anknüpfungsbegriffes mit dem Auslande bedingt in Wahrheit noch nicht die Gleichheit der Collisionsnorm. Denn sofern die Anknüpfungsbegriffe rechtliche Element enthalten, besteht die Gefahr, dass diese nach verschiedenen Rechtsordnungen — insbesondere nach der des jeweiligen Gerichtsstaates — bestimmt werden. „So einfach eine privat-internationale Norm ist, überall enthält sie gewisse Grundbegriffe, welche nicht mehr nach ausländischem Recht bestimmt werden können, weil die Auffindung des betreffenden Auslandsrechts ihre vorherige Klarstellung

---

[1]) Code civil (1855) Art. 15, Abs. 3.

[2]) Código civil (1871) Art. 17 u. 18.

[3]) Griechisches Gesetz vom 29. Oktober 1856 (nach Niemeyer Vorschl. II S. 98 u. I S. 239).

[4]) Liv- u. Est-Kurländ. Privatr. (1864) Art. 35.

[5]) Civilgesetzbuch (1890) Allg. Bestimmungen Art. 5.

[6]) Verhandl. des 24. D. Juristentages Bd. 4 S. 112. Danach ständen sich zwei grosse Gruppen gegenüber: eine germanische der Deutschen, Anglo-Amerikaner und neuerdings der Holländer mit dem Recht des Erfüllungsortes und eine romanische mit dem Rechte des Errichtungsortes.

[7]) a. a. O. S. 240.

zur Voraussetzung hat. Sie sind für das internationale Privatrecht, was die Axiome für die Mathematik"[1]).

B. Wenn das Anknüpfungsmoment ein Rechtsbegriff ist, so ist dadurch ein Dilemma bedingt, dass der Richter, um dieses zu bestimmen, bereits Rechtssätze anzuwenden hat; welcher Rechtsordnung er diese auch entnehme, es wird der später anzuwendenden materiellen Rechtsordnung vorgegriffen; ein logischer Zirkel ist unvermeidlich. Nun ist nicht zu leugnen, dass sämtliche der vorliegend in Betracht kommenden Anknüpfungsmomente: Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Abschlussort, Erfüllungsort, Rechtskriterien enthalten. Die Anforderung, ein von Rechtskriterien absolut freies Anknüpfungsmoment — vorläufig abgesehen von dessen innerer Rechtfertigung — darzubieten, wäre also nicht erfüllbar. Man hat deshalb zu resignieren. Praktisch genügt es m. E., wenn der Anknüpfungsbegriff in den Fällen, wo seine Bestimmung durch Rechtssätze notwendig ist, durch einen ausserhalb des Inhaltes des Schuldverhältnisses selbst liegenden Umstand gebildet wird[2]). Damit wird der Zirkel wenigstens in concreto unschädlich. Wohnsitz, Staatsangehörigkeit, Abschlussort haben nun den Vorteil, dass sie — als solche — nicht erst durch den Inhalt des concreten Schuldverhältnisses gesetzt werden, was bei dem Erfüllungsort naturgemäss der Fall ist.

Anmerkung über die Frage der Rückverweisung.

Gilt das Princip der Rückverweisung, das in Art. 27 E. G. B. G. B. eine Stelle gefunden hat, ganz allgemein, insbesondere auch für Vertragsobligationen? Die Frage wird bejaht insbesondere von v. Bar, verneint aber, wie es scheint, von der Mehrzahl der Schriftsteller: Kahn, Niemeyer, Silberschmidt, Niedner, Zitelmann, Neumann[3]); so auch die meisten Lehrbücher des B. G. B. und der Beschluss des öfters erwähnten deutschen Juristentages. Ein Beispiel, das ich Nie-

[1]) Kahn in Jher. Jahrb. Bd. 30 S. 101.

[2]) Vgl. Neumann, Handcomm., zu § 11 E. G. B. G. B.

[3]) Die näheren Stellen s. bei Niemeyer, Intern. Privatr. im B. G. B. S. 79, Anm. 2.

meyer[1]) entnehme, diene zur Veranschaulichung: Ist zwischen einem deutschen und italienischen Handelshause in Deutschland ein Kauf, zu erfüllen an der Geschäftsniederlassung der italienischen Firma, abgeschlossen worden, so müsste, obwohl nach der bisherigen deutschen Rechtsprechung an und für sich das Rechtsverhältnis nach italienischem Recht zu beurteilen wäre, nach dem Prinzip der Rückverweisung deutsches Recht zur Anwendung kommen, indem Art. 9 der Einleitungsbestimmungen des codice civil für Vertragsobligationen das Ortsrecht der Geschäftserrichtung als das massgebende erklärt. Ohne auf den naheliegenden Einwand, dass die Anwendungsnormen ja nicht wiederum auf die Anwendungsnormen des Auslandstaates, sondern auf dessen materielles Recht hinweisen, einzugehen, lässt sich m. E. nach der Lehre, die das einfache Beispiel gibt, bereits soviel sagen: Je mehr man das örtliche Recht für Vertragsobligationen in Anhaltspunkten der Privatrechtssache selbst sucht bezw. findet, um so ungerechtfertigter muss die Befolgung einer ausländischen Collisionsnorm (der besagten Richtung) erscheinen.

Man wird deshalb wohl mit der herrschenden Ansicht die Rück- (und Weiter-) Verweisung ablehnen müssen.

III. Die Behandlung zweiseitig verpflichtender Verträge mangels eines den Parteien gemeinsames Ortsrechtes.

Nimmt man an, dass die Frage des Themas gelöst sei und zwar in dem Sinne des Personalstatuts des Schuldners oder der lex loci solutionis, so erhebt sich bei gegenseitigen Verträgen (wo jede Partei zugleich Gläubiger und Schuldner ist), wenn an und für sich für die beiden Vertragsverpflichtungen verschiedene Rechte zur Anwendung kommen müssten und die Giltigkeit des Vertrages in Frage steht, die Schwierigkeit, nach welcher der beiden Rechtsordnungen diese zu bestimmen sei. M. a. W. es fragt sich: Welche Wirkung hat die Nichtigkeit der Vertragsverpflichtung des einen Teiles auf

---

[1]) a. a. O. S. 83.

den Bestand der des andern?[1]). Wenn man das Gebiet der Frage ganz allgemein überschaut, wird klar, dass das Problem für sämtliche bei (gegenseitigen) Verträgen überhaupt in Betracht kommenden Wirksamkeitserfordernisse besteht: das sind aber Geschäftsfähigkeit, Form und Tauglichkeit des Inhalts. Das erst genannte Moment hat für das deutsche internationale Privatrecht durch Art. 7 E. G. B. G. B. seine Erledigung gefunden. Für die Form indes kann auch nach der Regelung durch Art. 11 a. a. O., sofern der Errichtungsort ausser Betracht zu bleiben hat, die Doppelseitigkeit des Schuldverhältnisses Verwickelungen bringen. Man denke an den Fall, dass bei dem Kauf eines gegenwärtigen Vermögens für die Verpflichtung auf seiten des Käufers § 311 B. G. B. massgebend, die Verpflichtung des Verkäufers aber nach ihrem örtlichen Recht an keine Form gebunden ist. Die Tauglichkeit des Inhalts endlich steht in Frage, wenn das Ortsrecht der einen Partei bezw. Verpflichtung für die Wirksamkeit des Kaufs eine „certa pecunia" fordert, das Ortsrecht der andern Seite davon absieht.

Auf verschiedenen Wegen hat man diese Schwierigkeiten zu bemeistern gesucht.

A. Der Gebhard'sche Entwurf bestimmte, wie bereits erwähnt, in § 11 Abs. 2 (zweite Fassung): „Entstehen aus einem Vertrage für beide Teile Verpflichtungen und sind für letztere die Gesetze verschiedener Orte massgebend, so kann jeder Teil verlangen, dass seine Verpflichtung nach den für die Verpflichtung des anderen Teiles massgebenden Gesetzen beurteilt wird. Wenn Windscheid jenes Wahlrecht ganz allgemein dem verklagten Schuldner gab[2]), so Gebhard nur bei zweiseitigen Verträgen. Die missliche Folge für die Rechtssicherheit steht dieser Anomalie stark entgegen.

B. Eine verbreitete Ansicht (Savigny[3]), Wächter, v. Bar, die überwiegende deutsche Rechtsprechung) sucht

[1]) In der nachstehenden Aufrollung der Frage verwerte ich Zitelmann, Intern. Privatrecht II. S. 409ff. Ein weiteres Eingehen auf die dort enthaltenen mitteilenswerten Ausführungen verbot der Rahmen des vorliegendes Teiles der Arbeit.

[2]) Siehe unten 3. Abschnitt II. S. 29.

[3]) System Bd. 8. S. 202.

das Dilemma durch Teilung der doppelseitigen Schuldverhältnisse zu lösen. Jedes zweiseitige Geschäft — führt v. Bar[1]) aus — lasse sich in zwei einseitige zerlegen, so der Kauf in die Obligation des Verkäufers, die Sache zu gewähren, und die des Käufers, den Kaufpreis zu zahlen (was ja auch der historischen Entstehung der zweiseitigen Obligation im römischen Recht entspricht). Für das Versprechen eines jeden der Contrahenten komme demnach das für ihn massgebende örtliche Recht zur Anwendung. Wenn sich nun nach dem Inhalt der Ortsrechte beider Teile etwas Widerstreitendes ergäbe, z. B. bei einer verkauften Sache die Gefahrtragung je nach dem Wohnsitzrecht des Käufers oder Verkäufers dem ersteren oder letzteren obliege[2]), so solle der Widerspruch wie eine Unklarheit in einem der Klage zu Grunde liegenden Vertrage zu Gunsten des Beklagten entschieden werden. Der Einwand aber — meint v. Bar —, dass alsdann ein Contrahent häufig die Erfüllung eines synallagmatischen Vertrages würde fordern können, während er selbst zu nichts verpflichtet wäre, sei nur scheinbar. Der eine Contrahent habe sich hier nur insofern gültig verpflichtet, als der andere Contrahent sein Versprechen zu halten verpflichtet sei. Er könne daher, auf Erfüllung belangt, fordern, dass der andere Contrahent entweder zuvor seinerseits erfülle oder sich in einer seinem Ortsrecht entsprechenden Weise gültig verpflichte. Habe der gültig verpflichtete Contrahent den andern Contrahenten aber bereits erfüllt, und genüge nach des letzteren Ortsrechte die Annahme der Leistung nicht zur Aufrechterhaltung des Geschäfts, so bleibe jenem freilich nur die Rückforderung (condictio indebiti).

Der nächstliegende Vorwurf gegen diese Lösung ist der, dass man dadurch der innigen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung nicht gerecht wird[3]). In der Tat hat es hier der ungültig Verpflichtete in der Hand, etwa bei einer un-

[1]) Theorie II. S. 15.

[2]) Dieses bei v. Bar angeführte Beispiel wird von Zitelmann nicht als ein Fall der vorliegenden Frage angesehen; es handle sich hier um die Frage der Hauptvertragswirkungen und nicht des Bestandes des Vertrages (a. a O. S. 419).

[3]) Jenes Abhängigkeitsverhältnis, das das B. G. B. durch Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug verwirklicht wissen will.

günstigen Konjunktur, sogar wenn diese erst nach Empfang der Leistung eingetreten ist, den Vertrag illusorisch zu machen. Auch noch ein zweiter, mehr formaler Einwand soll erwähnt werden. Von Bar sagt: Der eine Contrahent habe sich den nach dem Begriff des synallagmatischen Vertrages nur insofern gültig verpflichtet, als der andere Contrahent sein Versprechen zu halten gebunden sei. Ob dies der Fall ist, kann aber, wie Crome (ein Vertreter des Personalstatuts) zutreffend hervorhebt[1]), m. E. wenigstens nach der Vorstellungsweise der Personalstatutstheorien, nur nach dem Ortsrechte (Personalstatut) des betreffenden — ersteren — Contrahenten beurteilt werden, aus welchem demnach der Begriff des synallagmatischen Vertrages zu entnehmen ist.

Crome[2]) kommt daher seinerseits zu dem Ergebnis: es ist bei der vorliegenden Constellation aus dem Personalstatut des seinerseits Verpflichteten die Frage aufzuwerfen, ob er unter diesen Umständen überhaupt noch verpflichtet sei, d. h. ob nicht seine Rechtsordnung ihn mit Rücksicht auf die Befreiung des anderen Contrahenten (und ihre prinzipielle Auffassung über das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung) gleichfalls seiner Leistungspflicht entbindet.

Da indes v. Bar nur ein Minimum des synallagmatischen Verhältnisses gleichsam als international voraussetzt, so ist dieser formale Fehler nicht so schwerwiegend.

C. Für Zitelmann[3]) ist in der Frage folgende Deduction entscheidend: Die sämtlichen Erfordernisse oder Tatbestandsmomente eines Vertrages seien nach dem seine Wirkung beherrschenden Statut zu beurteilen, mögen sie sich auf die Person des Gläubigers oder auf die des Schuldners beziehen. Nun bilde der gegenseitige Vertrag seinem Charakter nach einen einheitlichen Tatbestand und bestehe nicht aus einem Conglomerat von zwei einseitigen Verträgen. Damit also die Wirkung auch nur gegen den einen Contrahenten A. eintreten könne, müsse der ganze Tatbestand verwirklicht sein, den

[1]) Lehrb. I S. 149 N. 46.
[2]) a. a. O. S. 149.
[3]) Intern. Privatr. II. S. 411.

das Heimatrecht des A. (bezw. das für A. massgebende örtliche Recht) für die beiden Wirkungen zusammen erfordere; das Entsprechende gelte für den Gegencontrahenten B. Damit sonach der gegenseitige Vertrag nach beiden Seiten hin voll wirksam sei, müsse der gesamte von beiden beteiligten Rechtsordnungen erforderte Tatbestand verwirklicht sein. Er gelangt demnach zu dem Ergebnis Die beiden Rechtsordnungen sind kumulativ zur Anwendung zu bringen. Dieser Satz sei nur, mit Rücksicht auf den möglichen Zweck der in Frage kommenden Rechtssätze, mit folgender Modifikation zu versehen: „Wird ein bestimmtes Erfordernis von der einen Rechtsordnung nur insofern aufgestellt, als die Partei Schuldner, nicht auch insofern, als sie Gläubiger im Vertrage ist, so braucht dies Erfordernis auch nur für die Partei verwirklicht zu sein, deren Heimatsrecht die Rechtsordnung ist, hingegen nicht auch für die Gegenpartei.“ Ein Beispiel bietet das Verbot des Anatokismus.

Nach der formalen Seite wäre hier wohl derselbe Einwand, den Crome, wie oben angeführt, gegen v. Bar erhebt, gegeben; nur dass Zitelmann einen anderen Begriff des synallagmatischen Vertrages als den betreffenden Rechtsordnungen gemeinsam voraussetzt. Bei Zitelmann ist es das Maximum der synallagmatischen Natur, bei v. Bar das Minimum. Nach der Zitelmann'schen Anforderung ergäbe sich deshalb in manchen Fällen eine Härte gegen die an dem Bestand des Vertrages interessierten Parteien.

D. Eine weitere Gruppe von Schriftstellern will den Knoten weniger lösen, als durchhauen: Es sei nicht angängig, die Parteien etwa in der Frage des Consenses verschiedenen Gesetzen zu unterwerfen; schon nach der Parteiintention müsse ein und dasselbe Gesetz als ergänzende Norm eintreten. Da bleibe nur das Recht des Vertragsortes. In diesem Sinne hat sich in Deutschland, wie ich v. Bar[1]) entnehme, Wächter ausgesprochen, in neuerer Zeit Neumann in seinem Entwurf des internationalen Privatrechts[2]).

[1]) a. a. O. S. 15.
[2] S. 90.

Richtig ist m. E., dass es möglichst vermieden werden muss, in der Frage des Bestandes gegenseitiger Verträge für die Parteiverpflichtungen mehrere Rechtsordnungen zu Grunde zu legen. Das Recht des Abschlussortes geht demnach mit einem Vorsprung vor den anderen Lehren aus der Betrachtung hervor. Die Theorien vom Personalstatut stellen sich auf der anderen Seite am ungünstigsten, da nach ihrer Vorstellungsweise, wonach jeder Contrahent von seinem örtlichen Rechte begleitet ist, die Unterstellung eines einheitlichen Rechts nicht durchführbar erscheint, während die Lehre vom Recht des Erfüllungsortes in dem Gedanken der überwiegenden räumlichen Beziehung eine Handhabe dazu besitzt[1]).

[1]) näher ausgeführt unten S. 47 unter b.

DRITTER ABSCHNITT.

Die einzelnen Lehren.

I. Das Heimatrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses.

A. Dogmatische Entwickelung nach dem Zitelmann'schen Aufbau des internationalen Privatrechts.

Zitelmann[1]) stellt das Problem des internationalen Privatrechts dahin: Anwendungsnormen zu finden, die, für alle Staaten gleich, dafür sorgen, dass in jedem concreten Rechtsfall, unabhängig, wo er zum Austrag gebracht wird, immer dasselbe materielle Recht zu Grunde gelegt werde. Hierzu bedürfe es aber einheitlicher Prinzipien, die allgemeine Anerkennung beanspruchen dürften. Solche seien nur deductiv aus dem Völkerrecht zu gewinnen („es gibt entweder überhaupt keine allgemeinen Prinzipien des internationalen Privatrechts, die etwas anderes sind, als mehr oder minder willkürliche Vorschläge oder sie können mittelbar oder unmittelbar aus dem vorhandenen Völkerrecht abgeleitet werden", S. 25). Dieses Prinzip gewinnt er nun aus folgender Erwägung: In jedem concreten Rechtsfall handle es sich um die Frage, ob ein subjektives Recht erworben oder verloren sei. Nun „kann aber", behauptet Zitelmann, „nur der Staat mit begründetem Anspruch auf internationale Anerkennung subjektive Privatrechte verleihen, dem die völkerrechtlich anerkannte allgemeine

[1]) Intern. Privatr. Bd. 1.

staatliche Macht über das zukommt, worüber das subjektive Privatrecht Macht gewähren soll; und ebenso kann nur dieser Staat ein solches Privatrecht entziehen.“ (S. 63.)

Zu der Ermittelung dieser völkerrechtlich anerkannten staatlichen Macht nimmt Zitelmann von der Personalhoheit und Gebietshoheit des modernen Staates seinen Ausgangspunkt und legt diese Begriffe zu Grunde, derart, als wäre der von ihnen umfasste rechtliche Inhalt (mit allen seinen Consequenzen) positives Völkerrecht[1]; vgl.: „wie die Herrschaft des Staates überhaupt nach Personen und nach Gebiet abgegrenzt ist, so ist es vom völkerrechtlichen Standpunkt aus auch der Herrschaftsbereich seiner Privatrechtsordnung.“ Er gelangt deshalb zu dem allgemeinen Satze, dass für alle Rechte, welche eine unmittelbare Herrschaft an einer Person gewähren, sei es dieser Person selbst, sei es einer anderen, und ebenso für alle Rechte, welche eine Macht über die Leistung einer bestimmten Person gewähren, die Rechtsordnung des Staates massgebend sei, dem die kraft des subjektiven Rechts beherrschte Person „angehört“ — ihres „Heimatsstaates“ —, welche er Personalstatut nennt. (S. 125.) Damit ist die prinzipielle Lösung für das örtliche Recht der (Vertrags-) Obligationen, die „auf einem Leistungsbefehl der Rechtsordnung an den Schuldner beruht“, gegeben: die Rechtsordnung des Staates, dem der Schuldner angehört. Dies wäre demnach — kann man sagen — nach Zitelmann gleichlautendes internationales Privatrecht aller Kulturstaaten, wenn diese überhaupt keine innerstaatlichen Collisionsnormen erlassen hätten. Nun hat allerdings auch nach Zitelmann der Richter bei der Entscheidung eines Rechtsfalles ausschliesslich die im eigenen Staate geltenden Collisionsnormen anzuwenden, gleichgültig, ob diese dem Völkerrecht entsprechen oder nicht. Wenn indes in dem einzelnen Staat keine Collisionsnormen beständen, so habe der Richter unmittelbar das aus dem Völkerrecht abgeleitete internationale privatrechtliche Prinzip anzuwenden; dieses sei subsidiäres innerstaatliches Recht (S. 76).

[1]) Anscheinend auch ohne das Problem des Völkerrechts selbst, das ja einer dahinunterstehenden Gewalt im strengen Sinne entbehrt, zu stellen.

Die Zitelmann'schen Deduktionen, deren Schwäche in der Darstellung bereits angedeutet ist, wurden in der Literatur auch hauptsächlich mit der Begründung, dass das vorausgesetzte Völkerrecht zur Zeit nicht bestehe, abgelehnt; so insbesondere von v. Bar[1]), Meili[2]), Kahn[3]), ferner von Dernburg[4]), Kipp[5]) und anderen Bearbeitern des Bürgerlichen Rechts. Im Gefolge Zitelmann's steht indes Crome[6]).

Auf die Staatsangehörigkeit der Parteien im allgemeinen stellt auch Kohler[7]) ab.

B. Würdigung nach den praktischen Consequenzen.

Nach allgemeinen und praktischen Gesichtspunkten kann m. E. das subsidiäre örtliche Recht der Vertragsobligation nicht nach der Staatsangehörigkeit bestimmt werden. Im Vertragsobligationenrecht, dem typischen Verkehrsrecht, kann man nicht auf ein Anknüpfungsmoment abstellen, welches den rechtsgeschäftlichen Verkehr seiner Natur nach gar nicht berührt und zudem für die Parteien in der Regel nicht erkennbar ist. Man denke an die Unsicherheit in den Handelsstädten — so hebt Endemann hervor — wenn jeder seit den Voreltern angesessene ausländische Kaufmann nach seinem Heimatrecht beurteilt werden sollte. „Statt die Völker zu verbinden, würde dies einen grossen Rückschritt bedeuten, trotz des „altgermanischen Grundsatzes" der Personalität des Rechts[8])".

Dass unter Umständen bei gleichem Heimatrecht der Parteien, wenn diese sich dessen beim Geschäftsabschluss bewusst gewesen sind, auf dieses Recht zu greifen sein wird, soll damit nicht geleugnet werden, wenn auch in der Regel

[1]) Archiv f. öffentliches Recht. Bd. 15. S. 16 ff.
[2]) Intern. Civil- und Handelsrecht. Bd. I. S. 126.
[3]) Jahrb. f. Dogmatik. Bd. 15. S. 34 ff.
[4]) Lehrb. I. S. 103.
[5]) Windscheid-Kipp (9. Aufl.) S. 143.
[6]) Lehrb. I. S. 137.
[7]) Lehrb. I. S. 55.
[8]) Endemann, Lehrb. I. S. 84. N. 9.

diese Rolle dem Wohnsitzrecht zufallen wird[1]). Indes wird sich dies in der Regel als Folgerung aus der Parteiintention — dass die Parteien nach den Umständen die Anwendung dieses Rechts voraussetzen müssten — auffassen lassen. Weiter geht allerdings die italienische Gesetzgebung, wenn sie in Art. 9 der Disposizioni bestimmt[2]):

„Das Wesen und die Wirkungen der Obligationen werden als durch das Gesetz des Ortes geregelt angesehen, wo sie eingegangen wurden, und, wenn die fremden vertragschliessenden Parteien einer und derselben Nation angehören, durch das Gesetz dieser Nation. In jedem Falle bleibt der Nachweis einer anderen Absicht vorbehalten." Also eine — widerlegbare — Präsumtion für das Heimatrecht bei gleicher Nationalität der Parteien, die indes nicht genügend gerechtfertigt erscheint.

C. Einwirkung des Staatsangehörigkeitsprinzips im E. G. B. G. B. auf das Vertrags-Obligationenrecht?

Es ist hier noch zu erörtern, ob die Stellung des E. G. B. G. B. zu dem Prinzip der Staatsangehörigkeit Einwirkung auf die Annahme des Personalstatuts insbesondere des Heimatsrechts im Vertragsobligationenrecht hat — eine Frage, die auch das Reichsgericht in der eingangs der Arbeit erwähnten Entscheidung[3]) aufwirft. Diese Frage ist indes zu verneinen mit dem Hinweis darauf, das die international-privatrechtlichen Vorschriften des E. G. nach ihrem Inhalt und ihrer Entstehung nur ein Notbehelf für einzelne wichtige Teile jenes Rechtszweigs sind und nicht auf einem einheitlichen Unterbau beruhen[4]); es sind „Einzelvorschriften." Man sagt allerdings, dass das Prinzip der Staatsangehörigkeit im E. G. B. G. B.

---

[1]) Vgl. die Entsch. des O. L. G. Hamburg (10. 11. 02) in Böhm's Zeitschr. Bd. 12. S. 121. Die Verpflichtung aus einem zwischen Deutschen in Deutschland mit Erfüllungsort Australien geschlossenen Kaufvertrag seien nach der deutschen Rechts- und Verkehrsauffassung zu beurteilen.

[2]) Nach Meili, Intern. Civil- u. Handelsr. II. S. 10.

[3]) Bd. 61. S. 343 ff.

[4]) Vgl. Endemann, Lehrb. Bd. I. S. 84; in demselben Sinne Dernburg, Enneccerus, Eck-Leonhard u. a.

einen entscheidenden Sieg errungen habe. Indes, was für Rechtsbeziehungen, die in der Person wurzeln und auf die Dauer angelegt sind, angebracht ist, kann nicht auf Rechtsbeziehungen übertragen werden, die ihrer Natur nach vorübergehend und nicht mit der Person als solcher verknüpft sind. Die Regelung der Geschäftsfähigkeit (einer rechtlichen Eigenschaft, die „mit uns geboren") darf daran nicht irre machen. Selbst wenn man das Personalstatut im Vertragsobligationenrecht zu Grunde legte, so wäre die Frage, ob Heimat- oder Wohnsitzrecht? nicht aus dem E. G. B. G. B. zu lösen.

II. Das Wohnsitzrecht des Schuldners zur Zeit des Vertragsschlusses.

A. Die Begründungen der Lehre:

1. Nach v. Bar[1]) soll die Lehre, indem sie überhaupt das Personalstatut des Schuldners zu Grunde legt, prinzipiell deshalb gerechtfertigt sein, weil die absoluten Rechtssätze des Obligationenrechts regelmässig im Interesse des Schuldners bestehen; „es lässt sich nicht annehmen, dass diese Fürsorge aufhöre, wenn ein Staatsangehöriger zufällig eine Verbindlichkeit im Auslande übernommen oder daselbst zu erfüllen hat. Insoweit es aber um die Interpretation des Parteiwillens sich handelt, muss unzweifelhaft von der Voraussetzung ausgegangen werden, dass jeder sich in Gemässheit der ihm bekannten Rechte und Gesetze ausgesprochen, demnach auf die Gesetze seines persönlichen Rechts sich bezogen habe." Was den Gedanken des letzten Satzes anbetrifft, so kann man ihn jedenfalls nicht als ein Argument für die prinzipielle Begründung gelten lassen, denn es handelt sich m. E. bei der Heranziehung einer Rechtsordnung zur Inter-

[1]) Theorie II. S. 13.

pretation des Parteiwillens nicht um die Rechtsordnung als solche, sondern um ein Interpretationsmittel, wie Handelsbrauch, Sprache u. dgl. (Man vergleiche auch den folgenden Satz bei v. Bar, wo er von einer „Interpretationsregel" spricht). Die Begründung v. Bar's aber aus dem Gesichtspunkte, dass die zwingenden Rechtssätze regelmässig im Interesse des Schuldners bestehen und dass diese staatliche Fürsorge für einen Staatsangehörigen, unbekümmert um die Zufälligkeiten des Errichtungsortes, fortdaure, scheint mir die völkerrechtliche Existenz eines Herrschaftsverhältnisses des fremden Staates über seine Angehörigen, wenn auch nur in Beschränkung auf das Gebiet der zwingenden Normen des Obligationenrechts vorauszusetzen, also im speziellen dieselbe Voraussetzung zu fordern, die Zitelmann im allgemeinen macht. Auch hier wird eine solche mangels näherer Begründung zu beanstanden sein. — Überzeugungskraft scheint mir die Deduktion jedenfalls nicht zu besitzen [1]).

2. Andere theoretische Begründungen beruhen auf der Idee der allgemeinen Struktur der Vertragsobligation, des Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner, das man zu lokalisieren sucht.

   a) Der Schwerpunkt der Obligation ruhe auf dem Schuldner, da er die Erfüllung zu bewerkstelligen habe und eine etwa erforderliche Mitwirkung des Gläubigers ebenfalls an Bedeutung zurückträte. Deshalb entspräche es der Natur der Sache, dass in Ermangelung anderer Anknüpfungspunkte das am Wohnsitz des Schuldners geltende Recht die Obligation nach der materiellen Seite beherrsche. So Regelsberger [2]).

   b) Windscheid [3]) will nicht zugeben, dass die Rolle des Schuldners und damit dessen Wohnsitz für die

---

[1]) Sie wurde auch von Enneccerus auf dem 24. D. Jur.-Tag verworfen.

[2]) Pandekten S. 174.

[3]) Pandekten I. S. 146.

Obligation grundsätzlich wichtiger sei, als die des Gläubigers.“ Da aber der Gläubiger derjenige sei, welcher verlange, so müsse er, um überhaupt etwas zu erlangen, das Recht akzeptieren, das der Schuldner für sich beanspruchen könne („das des Schuldners sei“.) Dem Schuldner sei es aber unbenommen, seinerseits auf das Recht des (Wohnsitzes des) Gläubigers zu greifen. Diesem eigentümlichen Wahlrechte, das Windscheid auch allein vertritt, steht offenbar das Interesse der Rechtssicherheit entgegen. Bezeichnend für die Windscheid'sche Deduktion ist ferner, dass sie für die Bestimmung des materiellen Rechts der Obligation — dem Gedanken nach — voraussetzt, dass der Gläubiger überhaupt genötigt ist, sein Recht zu suchen.

— Thöl[1]) sieht ebenfalls die Wohnsitzrechte der beiden Parteien als gleichbeachtlich an. Eine prinzipielle Norm zur Entscheidung von Konfliktsfällen, d. i. wenn keines der beiden Rechte dem andern den Vorrang lassen wolle, gibt er aber nicht. Er setzt voraus, dass der zur Entscheidung berufene Richter stets für den einen der Contrahenten zugleich Domizilsrichter ist und dieser solle im letzten Grunde sein eigenes Gesetz — also die lex fori — zur Anwendung bringen. Der Domizilsrichter des Schuldners sei hierzu häufig auch schon wegen des absoluten Charakters der für den Schuldner massgebenden Gesetze berechtigt; — vgl. hierzu oben das bei v. Bar Gesagte. —

3. Es wird ferner angeführt, dass im Zweifel der Wohnsitz des Schuldners auch Erfüllungsort sei, und dass in den meisten Fällen mit Rücksicht auf die Zwangsvollstreckung die Klage aus einer Obligation auch am schuldnerischen Wohnsitz angestellt werde; vgl. §§ 13 und 23 S. 2. C. P. O. So v. Bar[2]) und ins-

[1]) Einleitung in das deutsche Privatrecht (1851) S. 189.
[2]) a. a. O.

besondere auch Endemann[1]). Der erstere Grund ist übrigens so zu verstehen, dass das Recht des Wohnortes selbstständig und nicht etwa als Recht des gesetzlichen Erfüllungsortes eintreten soll. Endemann verweist noch darauf, dass am Wohnort überhaupt die Gesamtheit der Interessen und Verpflichtungen einer Person gelagert sei. Er resümiert indes lediglich eine äusserst subsidiäre Geltung des Rechtes des schuldnerischen Wohnsitzes. In demselben Sinne spricht sich Mitteis aus[2]). Jenes Ortsrecht soll nur Platz greifen, wenn andere Bestimmungsgründe, insonderheit der Erfüllungsort als gesetzlicher, versagen. Über den letzteren Hauptanwendungsfall wird unten[3]) näher gehandelt werden.

B. Würdigung der Lehre.

Die prinzipielle Geltung des Wohnsitzrechtes des Schuldners (zur Zeit des Vertragsschlusses) als subsidiären örtlichen Rechtes möchte ich ablehnen.

1. Der Wohnsitz der Parteien ist beim Abschluss von Verträgen und für deren regelmässigen Inhalt ein indifferentes Moment. Eine Beziehung des Wohnsitzes als solchen zu dem Vorgange des Vertragsabschlusses oder dem Vertragsinhalte besteht regelmässigerweise nicht. Oft wird deshalb dem Gläubiger der Wohnort des Schuldners beim Abschluss des Vertrages gar nicht bekannt sein[4]).
2. Indem man ferner das Wohnsitzrecht des Schuldners

---

[1]) Lehrb. I. S. 98. Die Stellungnahme gegen die früheren Auflagen ist geändert. Endemann will nunmehr, ohne das Recht des Erfüllungsortes zu verwerfen, das Recht des schuldnerischen Wohnsitzes äusserst subsidiär gelten lassen.

[2]) Verhandl. des 24. D. Jur.-Tages. Bd. 4 S. 102 ff.

[3]) Unter IV. B. 2a.

[4]) Dies wurde auch im Schosse der sog. 2. Kommission für das B. G. B. geltend gemacht; vgl. die Protokolle zur 2. Lesung des Entw. des B. G. B. (nach der Wiedergabe in Böhm's Zeitschr. Bd. 8. S 8).

durch die allgemeine Struktur der Vertragsobligation zu rechtfertigen sucht, so verflüchtigt man m. E. theoretisierend den Inhalt des Schuldverhältnisses; man hält sich nur an das Skelett. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint der Erfüllungsort als massgebendes Moment von vornherein passender.

3. Die andern oben unter 3. angeführten Argumente sind lediglich unterstützender Natur und können nur dann in die Wagschale fallen, wenn überhaupt triftigere Gründe für die Aufstellung eines andern örtlichen Rechts sich nicht finden lassen. Das muss die weitere Untersuchung ergeben.

III. Das Recht des Errichtungsortes.

Vertragsobligationen sind — so besagt die dritte Ansicht — grundsätzlich nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, wo der Vertrag abgeschlossen worden ist.

Für eine innere Begründung bietet die Lehre wenig Angriffspunkte. Die französisch-italienische Richtung sucht dieselbe allerdings auf die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter das Recht des Abschlussortes zu stützen. Indes handelt es sich dabei mehr um eine künstliche Konstruktion oder gar Fiktion als um eine eigentliche Begründung. Dies zeigt sich, wenn Asser[1]) sagt: „Ziemlich allgemein nimmt man an, man müsse es so ansehen, als haben sich die Parteien dem Gesetz des Ortes, wo die Schuld übernommen ist, unterwerfen wollen (lex loci contractus) — wenigstens solange nicht das Gegenteil zu Tage tritt — und dass hiernach in der Regel dieses Gesetz die Obligation beherrscht."

Die Vorteile der Lehre sind mehr äusserer Natur[2]). Zunächst kann jede der Parteien im allgemeinen mit Sicherheit das Recht erkunden, das zur Anwendung kommt. Keine der Parteien erscheint der anderen gegenüber bevorzugt. Für die ganze Obligation in allen ihren Beziehungen und Gestalten

[1]) Asser-Cohn, S. 41.

[2]) Die Ausführungen des folgenden Absatzes lehnen sich an v. Bar, Theorie II. S. 8 an.

kommt Ein Recht zur Anwendung, so dass der Vertrag auf einem einheitlichen Boden steht. Dies ist vor allen Dingen bei den synallagmatischen Verträgen von Wichtigkeit — eine Stärke der Theorie, die bereits oben hervorgehoben. Auch die mit der Lehre erreichte Übereinstimmung mit dem zur Zeit „kosmopolitisch herrschenden Prinzip" ist bereits dargetan. Ein Hauptvorzug der Lehre vom Errichtungsort besteht darin, dass der erörterte logische Zirkel wenigstens intern für die Rechtspflege nicht störend hervortritt, wenn auch die Voraus-Anwendung von Rechtssätzen behufs Findung des „Statuts" nicht umgangen werden kann.

Es ist der Geschäftsabschluss unter Abwesenden, der dies erfordert. Soll der Ort massgebend sein, wo der Oblat die Annahmeerklärung abgesendet (Savigny) oder wo der Offerent die letztere empfangen hat, oder gar der Wohnsitz desjenigen Contrahenten, der dem Vertrag den wesentlichen Inhalt gegeben (Neumann)[1]). Diese Schwierigkeiten gilt es m. E. nicht zu überschätzen. Es ist mit Niemeyer[2]) darauf hinzuweisen, dass die fraglichen Rechtsgrundsätze nicht von so positiver und von so verwickelter Natur sind, ihre Behandlung auch nicht so verschieden in den verschiedenen Rechtsgebieten ist, wie etwa beim Erfüllungsort. Es handelt sich um mehr dogmatische, konstruktive Fragen, die dem freien Ermessen des Richters nach Lage des Einzelfalls und dessen theoretischer Anschauung anheimgegeben sind.

Auch die Einfachheit der tatsächlichen Bestimmbarkeit beim Abschluss unter Anwesenden kommt zu statten. Eine Schwäche schien früher die Möglichkeit der Umgehung von Prohibitivgesetzen durch Verlegung des Abschlusses in ein von diesen freies Rechtsterritorium zu sein[3]). Indes schiebt hier nach deutschem Recht nunmehr Art. 30 E. G. B. G. B. einen Riegel vor.

Allen diesen Vorzügen steht ein schwerwiegender offensichtlicher Mangel gegenüber, nämlich dass der Entstehungs-

[1]) Der damit wohl allein steht, Handcomm., zu Art. 11, E. G. B. G. B. S. 24.

[2]) Vorschläge S. 242.

[3]) System Bd. 8. S. 207.

ort jeder inneren Verknüpfung mit dem rechtsgeschäftlichen Vorgang oder mit der Person der Parteien entbehrt. Da „an sich zufällig, vorübergehend, dem Wesen der Obligation und ihrer ferneren Wirksamkeit fremd", sei er abzulehnen, argumentiert Savigny[1]) und mit ihm die meisten neueren deutschen Schriftsteller. Gerade bei dem modernen Verkehr und der Häufigkeit der Abschlüsse unter Abwesenden, wo die Bewusstseinsbeziehung zu einem bestimmten Orte fehlt, ist dieses Moment bedeutsam. Die Parteien würden oft von der Anwendung eines Rechts überrascht, das ihnen gänzlich unbekannt ist, an dessen mögliche Heranziehung sie nie gedacht haben. Ein Korrektiv gegen diese Wirkung läge allerdings darin, dass bei einer Adoption der Lehre durch Gesetz oder auch Rechtsprechung (Gewohnheit) die Parteien darauf hingewiesen würden, von vorherein mit jener Folge zu rechnen und durch vertragsmässige Bestimmung des örtlichen Rechts vorzubeugen. Auch könnte der Richter in den Fällen der reinen Zufälligkeit und Fehlens eines bestimmten Ortes (Abschluss im Schlafwagen, auf dem Schiffe und ähnliche Fälle) durch die Erwägung, dass hier die Parteien vernünftigerweise ein anderes Recht voraussetzen mussten, einen Ausweg finden. — Doch bleibt grundsätzlich der Mangel bestehen.

IV. Das Recht des Erfüllungsortes.

A. Darlegung der Lehre.

Wir werden die Doktrin verfolgen 1. in der Herleitung bei Savigny, 2. der Darstellung der modernen Schriftsteller und 3. den Ausführungen des Reichsgerichts in einem charakteristischen Falle.

1. Die Entwickelung der Theorie durch Savigny lässt sich für unseren Zweck in Kürze etwa folgendermassen wiedergeben. Der grosse Romanist geht zunächst davon aus, die Aufgabe bei der örtlichen Collision der Gesetze sei: „dass bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses

[1]) v. Bar Theorie II. S. 9.

Rechtsverhältnis seiner eigentümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist (worin dasselbe seinen Sitz hat“ [1]).

Savigny — der diese Untersuchung für die Vertragsobligationen, zugleich mit der nach dem besonderen Gerichtsstand der Obligation führt — nimmt nun an, dass der wahre Sitz der Obligation stets auf freier Unterwerfung der Parteien beruhe, die jedoch meist nicht in einer ausdrücklichen, sondern in einer stillschweigenden Willensäusserung liege (und daher stets durch eine entgegengesetzte ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen werde). Man könne daher entweder den Entstehungsgrund oder die Erfüllung als Anhalt wählen. Den ersteren lehnt er mit der bereits oben [2]) angeführten Begründung ab. Er fährt an jener Stelle fort: Ganz anders verhalte es sich mit der Erfüllung, die mit dem eigensten Wesen der Obligation zusammenfalle: „Denn die Obligation besteht eben darin, dass irgend etwas, das früher in der Willkür einer Person stand, in ein Notwendiges, das bisher Ungewisse in ein Gewisses verwandelt wird, und dieses notwendig und gewiss Gewordene ist gerade die Erfüllung. Auf diese also ist die ganze Erwartung der Parteien gerichtet.“

2. Die Begründung der modernen Schriftsteller begnügt sich mit dem letzteren Moment in der Deduktion Savigny's: Die Erfüllung als Zweckbestimmung der Obligation gebe den Ausschlag; das Rechtsverhältnis habe seinen Schwerpunkt da, wo es seine Wirkung äussere, die Lösung des Schuldverhältnisses bewirkt werden solle [3]). Oder die Begründung wird so gewendet [4]): als die überwiegende der vier örtlichen Beziehungen erscheine, wenigstens was den Inhalt und die Wirkung

---

[1]) System des heutigen röm. Rechts, Bd. 8. S. 28 und 108.

[2]) unter III dieses Abschnitts.

[3]) Dernburg, Lehrb. d. Bürg. Rechts (I. Aufl.) I. S. 103. Endemann, Lehrb. I. S. 97.

[4]) Enneccerus i. Lehrb. u. V. des 24. D. J. T. Bd. 4 S. 85.

der Vertragsobligationen betreffe, diejenige zu dem Erfüllungsort; als der nächst interessierte Staat erscheine derjenige, in dessen Gebiet die Handlung erfolgen soll, auf welche die Forderung gerichtet sei.

3. Was die Praxis des Reichsgerichts und Reichsoberhandelsgerichts betrifft, so ist, wenn auch strikte Einheitlichkeit in der Handhabung der Lehre seit dem Jahre 1869 nicht herrschen kann, folgende Entscheidung[1]) als typisch hervorzuheben: Der Beklagte, in Berlin, hatte dem Kläger, agent de change in Paris, Aufträge zu Geschäften mit Papieren an der Pariser Börse erteilt. Der Kläger klagt auf Zahlung einer aus diesen Geschäften ihm zukommenden Differenz. Der Beklagte setzt den Einwand der Unklagbarkeit der Differenz-Geschäfte nach französischem Rechte entgegen. Hier führte das Reichsgericht folgendes aus: Im einzelnen Fall kann zweifelhaft erscheinen, welche Handlungen zur Ausführung des Auftrages gehören, und daher, wenn an mehreren Orten Handlungen vorzunehmen sind, welcher dieser Orte als Sitz der Obligation erscheint. Wenn z. B. ein Einwohner Berlins einen anderen Berliner Einwohner, welcher nach Paris reist, beauftragt, dort eine Sache für ihn einzukaufen und mit nach Berlin zu bringen, oder wenn er einen in Berlin wohnenden Geschäftsmann beauftragt, ihm aus Paris eine Sache kommen zu lassen, so kann darüber, welcher Ort als Erfüllungsort anzusehen sei, vielleicht Meinungsverschiedenheit obwalten. Im vorliegenden Falle ist ein derartiger Zweifel durch die Gestaltung des Verhältnisses ausgeschlossen. Die Abschliessung und Ausführung dieser Geschäfte erscheint so sehr als das Bedeutsame, dass, auch wenn dem Kläger vertragsmässig obgelegen hätte, die eingekauften Papiere oder die sich aus den Geschäften ergebenden Differenzen nach Berlin zu befördern, dies doch für die Frage nach dem Erfüllungsorte und mithin nach dem Sitze der Obligation, bedeutungslos sein würde.

[1]) R. G. 10. V. 89. Bd. 12. S. 34 ff.

B. Würdigung der Lehre (Aufbau einer Lösung).

Nach unseren bisherigen Ergebnissen kommt es m. E. nunmehr darauf an, nicht nur die in Rede stehende Doktrin zu beleuchten, sondern zugleich auch Boden zu gewinnen, von dem aus sich die vorwürfige Frage einer Lösung entgegenführen lässt. Dafür kann aber die communis opinio — insoweit sich eine solche finden lässt — um so weniger gleichgiltig sein, als es sich ja letzten Grundes in unserem Thema nicht um ein dogmatisches Problem, sondern um eine gesetzgeberische Frage internationalen Charakters[1]) handelt.

Bei der Würdigung von Savigny's Lehre

1. nach der inneren Begründung

kann deshalb von einer Kritik der Grundauffassung vom Sitz der Rechtsverhältnisse im Raume Abstand genommen werden. Bemerkenswert ist, dass dieselbe Grundauffassung bei Savigny auf den Erfüllungsort, bei Windscheid auf den Wohnsitz führt[2]). In der folgenden Erörterung wird vielmehr darauf abgezielt, das zur Grundlage zu nehmen, was an Savigny's Lehre der Sache nach gesichert erscheint und die allgemeine oder doch überwiegende Zustimmung gefunden hat. Zuförderst ein Moment allgemeinerer Natur.

a) Es ist der Savigny'schen Deduktion der Vorwurf gemacht worden, dass sie mit einer Fiktion operiere[3]).

---

[1]) Vgl. auch die Anmerkung bei Eck-Leonhard, Bd. 3 S. 237 Note 2.

[2]) Dies stimmt zu der Ansicht Niemeyer's und Kahn's, wenn diese in der Lehre nur „eine andere Formulierung der Collisionsfrage" oder eine Überschrift des internationalen Privatrechts erblicken, Niemeyer pos. intern. Privatr. S. 1 ff u. Kahn in Ihering's Jahrb. Bd. 30 S. 111. Der Vorzug der Savigny'schen Fragestellung besteht — wie Eck-Leonhard Bd. 2 S. 236 Note 3 zutreffend hervorhebt — darin, dass dadurch das internationale Recht in Fühlung mit dem (zur Herrschaft gelangten) Privatrechtssystem gebracht wird, — was m. E. besonders scharf im Gegensatz zu dem sich auf öffentlich-rechtlicher Basis erhebenden Zitelmann'schen System hervortritt.

[3]) Insbesondere Bekker. Die Couponsprozesse der öster. Eisenbahngesellschaften (1881) v. Bar, Theorie II. S. 12 N. 19.

Treffend sagt hierzu Dernburg[1]): „Nicht aus der Seele der Parteien, sondern aus der Absicht unserer Gesetze ist grundsätzlich herauszulesen, welches Ortsrecht massgebend ist. Wir müssen indessen vom Gesetz annehmen, dass es das Rationelle, den Verhältnissen und der durchschnittlichen Absicht der Parteien Entsprechende will.“ Überhaupt liegt das Verhältnis zwischen Intention und Collisionsnorm nicht so, dass die Parteien selbst das örtliche Recht schaffen. Vielmehr gibt die Collisionsnorm der Staat (die lex fori) und die Parteien liefern die Voraussetzung zu dieser Norm[2]). In derselben Richtung liegt, was Niemeyer sagt: „Die Bedeutung der „Intention der Parteien“ berührt sich praktisch mit dem Prinzip freier objektiver Würdigung des einzelnen Falles.“

Der Parteiintention wird aber von fast allen neueren Schriftstellern und namentlich von der Rechtssprechung wohl fast aller Kulturstaaten[3]) in weitem Umfange Rechnung getragen. Hierfür möchte ich die Formel adoptieren, die der Entwurf II des B. G. B. enthielt. Nachdem Absatz 1 § 2366 das allgemeine Prinzip — das Recht des Abschlussortes — aufgestellt, besagt Abs. 2 (in der revidierten Fassung):

„Ist den Umständen nach anzunehmen, dass von den Beteiligten die Anwendung der Gesetze eines anderen Ortes vorausgesetzt sein muss, so sind die Gesetze dieses Ortes massgebend.“

b) Es wird ziemlich allgemein als richtig anerkannt, dass, was sich im Inland zu vollziehen hat, nach den inländischen Rechtsvorschriften und, was im Auslande geschehen soll, nach dem Rechte des Auslandes zu beurteilen ist. Dies vor allem bezüg-

---

[1]) Preuss. Privatr. I. S. 55.

[2]) Endemann, Lehrb. I. S. 94 N. 2.

[3]) Für das Reichsgericht vergleiche etwa Bd. 9 S. 227.

lich des Modus der Erfüllung der Obligation[1]). Und zwar wird in diesem Umfange das Recht des Erfüllungsortes von vielen eingeräumt, die es sonst nicht als allgemeines subsidiäres Recht gelten lassen wollen. Insbesondere auch von ausländischen Schriftstellern. So beispielsweise Foelix[2]), der als Grundsatz das Recht des Abschlussortes verteidigt. „Tout ce qui concerne l'accomplissement des engagements pris par le contrat et son éxécution et, en d'autres termes, tout ce qui doit être fait après la passation du contrat, est régi par la loi du lieu du paiement. Ainsi, cette loi déterminera les formalités de la délivrance et du paiement, la mesure des terres ou des objets mobiliers aliénés, la monnaie dans laquelle le paiement doit être effectué, l'obligation de donner quittance, la demeure et l'obligation aux dommages — intérêts qu'elle entraine." Zu diesem Prinzip stimmt auch § 244 B. G. B.: „Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist." In einem von v. Bar und Harburger ausgearbeiteten Vorschlage aus dem Schosse des Institut de droit international[3]), der grundsätzlich auf dem Standpunkt des Wohnsitzrechts des Schuldners steht, hat dieser Gedanke ebenfalls Platz gefunden:

(Unter c des Vorschlages) „l'accomplissement de l'obligation, quant à la monnaie, aux mesures, aux poids et autres modalités qui, par leur nature, dépendent des coutumes et usages du pays, est,

---

[1]) Dernburg, Preuss. Privatr. a. a. O. folgert den Satz aus der erwähnten Absicht der Gesetze auf das Rationelle etc.

[2]) Droit intern. privè I. S. 231., citiert nach Asser-Cohn S. 41 (der anscheinend eine ältere Auflage zu Grunde legt).

[3]) Annuaire XVIII p. 50 und 51, citiert nach Meili, intern. Civil- und Handelsr. Bd. II. S. 28.

sauf les stipulations expresses des parties contractantes, régi par la loi du lieu où l'exécution doit être faite."

c) In einem anderen Punkte noch wird auch von zahlreichen und namhaften Gegnern[1]) der Savigny'schen Theorie deren Geltung zugegeben. Das Verbot der Erfüllungshandlung mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit nach den Gesetzen des Erfüllungsortes soll die Obligation selbst zu einer nichtigen machen. In dem erwähnten Vorschlage von v. Bar und Harburger ist dem folgender Ausdruck gegeben (unter b. des Vorschlages): „si l'acte qui constitue l'accomplissement de l'obligation est interdit et, par conséquent, nul selon la loi du pays où l'exécution doit se faire, l'obligation est réputée nulle partout."

d) In diesen beiden Richtungen (unter b und c, selbstverständlich auch für den Gesichtspunkt unter a) scheint die Geltung der Savigny'schen Lehre befestigt. Man kann hier von einer communis opinio reden[2]). So weit folgt ihr insbesondere auch die französisch-italienische Richtung, die deshalb interessiert, weil m. E. nach dem bisherigen Ergebnis nur das Recht des Geschäftsorts als brauchbares subsidiäres örtliches Recht noch in Frage kommt und weil der Ausgangspunkt jener romanischen Schriftsteller, die ebenfalls die Anknüpfung in der Obligation selbst suchen, weniger grundsätzlich verschieden von dem der Savigny'schen Lehre ist, als der des Personalstatuts. Soweit nun aber die Savigny'sche Lehre auch für die übrigen Tatbestandsseiten der Vertragsobligation: Gültigkeit im allgemeinen, Inhalt und Umfang derselben Anwendung finden soll, stösst sie gerade bei den französisch-italienischen Rechtslehrern auf Widerspruch. Pasquale Fiore als Hauptvertreter, mit ihm — zum

[1]) v. Bar, Theorie II S. 30 und die dort Note 2 angegebenen.
[2]) Vgl. Enneccerus-Förster I. S. 820.

Teil vor ihm — eine Reihe bedeutender Schriftsteller (Foelix, de Pardessus, de Demongeat, von Zachariae, de Rocco, de Demolande) unterscheiden das vinculum juris von dem onus conventionis. Das erstere unterstehe dem Rechte des Errichtungsortes, das letztere dem des Erfüllungsortes. Savigny habe, ebenso wie Story — so sagt Fiore[1]) — diese Unterscheidung übersehen.

Dass dem Gegensatz begrifflich ein richtiges Prinzip zu Grunde liegt, soll nicht geleugnet werden. Aehnlich sagt das bereits erwähnte italienische Gesetz, unterscheidend, aber in der Wirkung nicht trennend: „Das Wesen und die Wirkungen der Obligation" („La sostanza e gli effetti") — Bezeichnend formuliert ferner Paul Voet (bei Fiore): „Quod si de ipso contractu quaeratur, seu de natura contractus veniunt" und auf der anderen Seite „id quod ad modum, mensuram, usuras etc. neglegentiam, moram post contractum initium accedentem referendum est." Wenn wir auch — vorerst — davon absehen, dass die Ausgestaltungen der Unterscheidung wie sie etwa bei Fiore berichtet werden, ausserordentlich voneinander abweichen, so kann m. E. der Gegensatz überhaupt (den ich in dem belegten Sinne fassen möchte) für die Frage des örtlichen Rechts die Richtschnur nicht bilden.

Auf der negativen Seite spricht schon dagegen, dass alsdann für den Bereich des vinculum juris nur das örtliche Recht des Geschäftsortes übrig bliebe, welches mangels innerer Beziehungen zu dem Schuldverhältnis, wie oben ausgeführt, nicht geeignet erscheint, gerade die Grundlage des Vertrages zu normieren. Gäbe es dafür ein eigenes innerlich begründetes Anknüpfungsmoment, so

[1]) Fiore, Droit intern. privé (vgl. das Literaturverzeichnis S. 402ff. Die Ansicht wird gebilligt von Asser-Cohn S. 41. Günstig auch Barazetti, Einführung S. 204 für das frz. Recht.

[2]) a. a. O.

wäre die Lage für die Unterscheidung immerhin günstiger.

Sodann hat der Erfüllungsort in der Tat vor allen anderen örtlichen Beziehungen eine überwiegende Bedeutung. Diese geht auf die Bedeutung der Erfüllung zurück. Mag man nun begründen: den Parteien kommt es letzten Endes auf den wirtschaftlichen Erfolg der Rechtsgeschäfte, auf die Realisation an, das Geschäft selbst ist dafür nur Mittel zum Zweck; oder mag man, was ich vorziehen würde, den Nachdruck auf die objektive Bedeutung legen, die nach allgemeiner wirtschaftlicher Anschauung der Realisation zukommt: das Schuldverhältnis gravitiert auf die Erfüllung.

Nun kann allerdings, wie Windscheid[1]) hervorhebt, der Erfüllungsort selbst für den eigentlichen Gehalt der Obligation gleichgültig sein, aber doch nicht „ebenso gleichgültig wie der zufällige Entstehungsort.“. Der Erfüllungsort kann durch Erwägungen bestimmt sein, die den Vertragsinhalt nicht integrieren, ausserhalb desselben liegen, immer aber liegt der Wahl des Erfüllungsortes ein wirtschaftlicher oder sonstiger Zweck zu Grunde, dem auch das Geschäft selbst dient. Insofern kann der Erfüllungsort für den Gehalt der Obligation nicht so gleichgültig sein, wie der zufällige Entstehungsort. M. a. W. der Erfüllungsort reiht sich ein in die Kette der wirtschaftlichen Zwecke, in der auch das Geschäft steht. Der Errichtungsort (als solcher) steht ausserhalb dieser Kette und jeder Verknüpfung mit dem Geschäftsinhalt. Er hat keine „teleologische“ Bedeutung, er ist für die Obligation „zufällig“. Damit ist nicht gesagt, dass jeder dem Inhalt des Schuldverhältnisses fremde Erfüllungsort zu berücksichtigen ist; es kommt viel-

[1]) Windscheid-Kipp S. 147 N. 9.

mehr auf den Ort der dem Schuldverhältnis eignenden Erfüllungshandlung an, auf den „Sitz des Schuldverhältnisses", was ja auch das oben[1]) erwähnte Raisonnement des Reichsgerichts zutreffend darlegt[2]. Diese Erwägung lässt es gerechtfertigt erscheinen, die lex loci solutionis auf Tatbestandsseiten auszudehnen, die ihr nicht notwendig zu unterstehen brauchten.

Ferner würde aber auch die praktisch begriffliche Abgrenzung zwischen dem vinculum juris und onus conventionis oft Schwierigkeiten ergeben. Inwieweit umfasst das Wesen des Vertrages dessen Inhalt im einzelnen? Die vorliegend aufgestellten sind doch mehr theoretische Orientierungsbegriffe, als solche, die zur praktischen Anwendung geeignet sind. Auch zeigt ein Blick auf die bei Fiore angeführten Variationen, dass der Begriff des vinculum juris bei den dafür eintretenden Schriftstellern nicht eindeutig ist.

Vor allen Dingen aber sieht sich die Praxis wegen der oft ineinanderlaufenden Rechtsbeziehungen genötigt, auf Einheitlichkeit des örtlichen Rechtes zu drängen. Die Lektüre der Entscheidungen zeigt, dass im Einzelfall häufig genug lediglich aus der Erwägung einer zweckmässigen Rechtsanwendung eines von mehreren ineinandergreifenden örtlichen Rechten bevorzugt werden musste[2]) —

Die ausgedehnte Geltung der lex loci solu-

---

[1]) S. 36.

[2]) Über den Fall, wo der vereinbarte Erfüllungsort mit der Natur des Schuldverhältnisses in unlöslichem Widerspruch steht, vgl. Staub, Comm. zum H. G. B. § 372 Anm. 22 Bd. 2 S. 1234 und R. G. Bd. 41 S. 361. Ebenso wie ein solcher Erfüllungsort für das interne Civilrecht nach der Rechtsprechung des R. G. unbeachtlich bleiben soll, darf er auch nicht für das örtliche Recht berücksichtigt werden.

[3]) Dies tritt beispielsweise bei den Gewährschaftsklagen hervor, vgl. O. L. G. Hamburg in Böhms Zeitschr. Bd. 15 S. 310 und R. G. (26. 4. 07) in Jur. Woch.-Schr. 07. S. 359.

tionis entspricht demnach am meisten der Natur der Sache. In prononcierten Fällen dürfte sie auch von den Gegnern zugegeben sein. So nimmt man wohl keinen Anstoss bei Verträgen über Grundstücke (Miet-, Pacht-, obligatorischen Übereignungsverträgen) sie massgebend sein zu lassen[1]). [2]) Auch in dem angeführten Vorschlage von v. Bar und Harburger (der ja grundsätzlich nicht auf dem Standpunkt des Rechtes des Erfüllungsortes steht) ist der erweiterten Geltung des Rechts des Erfüllungsortes wenigstens bedingungsweise Rechnung getragen, wenn es heisst[3]): „si l'obligation, conformément à une désignation expresse ou à la situation de l'objet de la convention, ou, en général à la nature des choses, doit être accomplie dans le pays où le contrat a été fait ou dans un autre pays, l'obligation est régie par la loi de ce pays."

Um ein früher angedeutetes Beispiel aufzugreifen, würde ich deshalb kein Bedenken tragen, den für einen Eisenbahnbau in Deutschland in Italien gedungenen Arbeiter unbeachtlich des Abschlussortes in der Frage des Rücktritts nach deutschem Recht zu behandeln. Wer nach Rom geht, muss tun wie die Römer.

2. Betrachtung nach den äusseren Consequenzen.

a) Wenn ein vertragsmässiger Erfüllungsort nicht zu ermitteln ist, genauer (in der Sprechweise des § 269 B. G. B.) ausgedrückt: wenn ein solcher weder von den Parteien bestimmt, noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses,

[1]) Mit Recht macht dies Enneccerus-Förster I. S. 820 geltend.

[2]) Von den Entscheidungen des R. G. wäre etwa der Bd. 63 S. 18 heranzuziehen, wonach Verträge, durch welche jemand sich verpflichtet, das Eigentum an einem im Ausland gelegenen Grundstück zu übertragen, nicht der Formvorschrift des § 313 Abs. 1 B. G. B. unterliegen.

[3]) Nach Meili a. a. O., in dem Vorschlage I[a].

zu entnehmen ist," wie soll alsdann das Recht des Erfüllungsortes bestimmt werden? Die gesetzliche Vorschrift über den Erfüllungsort (den angeführten § des B. G. B.) kann der Richter nicht anwenden, ohne Gefahr zu laufen, sich, wenn alsdann die ausländische materielle Rechtsordnung Platz greift, in einen logischen Zirkel zu verfangen[1]). Es kommen folgende Lösungsmöglichkeiten in Betracht:

α) Enneccerus[2]) schlägt vor, wenn verschiedene Rechtsordnungen zur Bestimmung des gesetzlichen Erfüllungsortes in Frage stehen, eine freieste, nach billigem Ermessen erfolgende Parteiwillensinterpretation eintreten zu lassen. Damit ist die Frage im Grunde nicht hinweggeräumt. Denn einerseits ist die Fruchtlosigkeit einer solchen Willensinterpretation Voraussetzung der Frage überhaupt, anderseits stellt auch der „gesetzliche Erfüllungsort", insbesondere der des § 269 B. G. B., nur den Niederschlag der Erfahrungen aus einer solchen Parteiwillensinterpretation dar. Ich verweise auf die Regel, die Savigny[3]) aufstellt; wonach in letzter Linie, als auf stillschweigender Erwartung beruhend, der Wohnsitz des Schuldners Erfüllungsort sein soll, und auf die gleichlautende Norm bei Fiore[4]). Die positiven Gesetzgebungen sind damit natürlich nicht ausgeglichen. — Immerhin mögen nach der Enneccerus'schen Vorschrift in erhöhtem Masse die ganz concreten Umstände des Falles Verwertung finden.

β) Nach Endemann[5]) würde in unserem Falle das Wohnsitzrecht des Schuldners als solches (als

[1]) Vgl. die Darlegung im 2. Abschnitt unter II B.
[2]) Verhandl. des 24. D. Jur.-Tages Bd. 4 S. 1.
[3]) a. a. O. S. 227.
[4]) a. a. O. S. 417 unter 4.
[5]) Vgl. oben 2. Abschnitt II A. 3.

allgemeines subsidiäres örtliches Recht) einzutreten haben. Im praktischen Erfolg kommt dies auf die Anwendung des § 269 B. G. B. heraus; der Inhalt jenes Paragraphen wird damit nur von einer innerstaatlichen Norm zur Collisionsnorm erhoben. Der logische Zirkel verschwindet, bei Verschiedenheit der Bestimmungen über den gesetzlichen Erfüllungsort, nur äusserlich; in Wahrheit ist damit doch präjudiciert, indem die Rechtsordnung des Schuldners einseitig bevorzugt ist.

γ) Ich sehe keinen anderen Weg, als hier das örtliche Recht des Abschlussortes zur Bestimmung des Erfüllungsortes ergänzend eintreten zu lassen. Materiell hätte alsdann m. E. regulärerweise das Recht des so gefundenen Erfüllungsortes Anwendung zu finden; im Notfalle wäre, zur Vermeidung von Komplikationen, das Recht des Abschlussortes schlechthin anzuwenden. Das letztere schreibt das österr. A. Bürg. Gesetzbuch (§ 34—37) überhaupt mangels eines vereinbarten Erfüllungsortes vor[1]).

Die Rechtfertigung für dieses Verfahren kann man etwa in folgender Erwägung finden: Wenn die Parteien in dem rechtsgeschäftlichen Tatbestand keinen Anhalt für den Erfüllungsort gegeben haben, so ist der Richter genötigt, ein neutrales Recht zu finden, nach dem der Erfüllungsort sich bestimmen lässt; wenn demnach auf den Ort, wo sie das Geschäft abgeschlossen haben, gegriffen wird, so haben sie es sich selbst zuzuschreiben. Man denke an den Fall, dass es sich um die Gefahr der Übersendung geschuldeten Kaufgeldes (ohne vertragsmässigen Erfüllungsort) handelt. Wenn hier der Adressat und der Absender sich je auf ihren Wohnsitz als Erfüllungsort

[1]) Vgl. die Angaben oben S. 6.

berufen, auch die Rechtsordnung des Absenders die Gefahr nicht etwa, wie § 270 B. G. B., dem Absender aufbürdet, welches andere örtliche Recht kann da unparteiisch über den Erfüllungsort entscheiden als das des Abschlussortes?

b) Bei dem Bestehen verschiedener Erfüllungsorte für die Parteien hat die Lehre vom Rechte des Erfüllungsortes mit der Schwierigkeit der Anwendung auf gegenseitige Verträge zu rechnen. Indes wird hier nicht selten die Erwägung gegeben sein, dass gerade die eine Leistung nach der allgemeinen Natur der betreffenden Geschäftsart bedeutsam, wirtschaftlich typisch ist, demnach unter Hervorhebung des Erfüllungsortes für diese der andere Erfüllungsort vernachlässigt werden kann. So lehrt auch Enneccerus [1]), dass bei einer Reihe von Verträgen meist als Intention der Parteien anzunehmen sein wird, dass das Recht, welches für die Leistung entscheide, auch für die Gegenleistung in Geld gelten solle, auch wenn für die letztere ein anderer Erfüllungsort bestimmt sei.

Im übrigen möchte ich (ohne die oben dargelegten Lösungsversuche zu ignorieren) mit Dernburg für die Behandlung der synallagmatischen Verträge sagen: „Die Schwierigkeiten, welche hieraus erwachsen, zu lösen, ist Sache der Einsicht des Richters, welcher das Zweckmässige als die Intention seiner Rechtsordnung anzusehen hat."

c) Man hat ferner auf die Misslichkeiten hingewiesen, welche entstehen, wenn der Erfüllungsort nach dem Abschluss des Vertrages abgeändert, ein wahlweiser Erfüllungsort verabredet werde oder an einem Orte teilweise zu erfüllen sei. Die Lösung dieser Fälle kann man aber m. E. grundsätzlich dem richterlichen Ermessen überlassen. Das sind keine Schwierig-

[1]) Verhandl. d. 24. D. Jur.-Tages Bd. 4 S. 90.

keiten, die gegen das Recht des Erfüllungsortes wesentlich ins Gewicht fallen[1]).

Ergebnis; unterstützende Momente. Wir sehen also, dass das Recht des Erfüllungsortes von allen in Frage kommenden örtlichen Rechten der praktischen Zweckbestimmung der Vertragsobligationen am meisten entspricht, dass der Haupteinwand, die Schwierigkeit beim Fehlen eines vertragsmässigen Erfüllungsorts, bei der Möglichkeit der Unterlegung des Rechtes des Geschäftsorts zur Ergänzung des Parteiwillens, gegen das Prinzip eine negative Instanz nicht bilden kann. In der Frage, wie sie seit dem 1. Januar 1900 für die deutsche Rechtsprechung praktisch ist, kommt für die Beibehaltung des Rechts des Erfüllungsorts — im Sinne eines subsidiären Leitsatzes, nicht eines Dogmas — noch unterstützend hinzu, dass dieses örtliche Recht, in langdauernder Praxis ausgebaut, gerade den im internationalen Privatrecht zu schätzenden Vorteil der Rechtssicherheit für Parteien und Richter bietet und bei seiner inneren Begründung auch Aussichten hat, im Rechtsleben des Auslandes zur Geltung zu kommen.

Vertragsobligationen sind deshalb m. E. weiterhin, soweit nicht den Umständen nach anzunehmen ist, dass von den Beteiligten die Anwendung der Gesetze eines andern Ortes vorausgesetzt sein muss, für die Regel nach dem Recht des Erfüllungsortes, mit der dargelegten Modifikation beim Fehlen eines auf Vertrag beruhenden, zu beurteilen.

---

[1]) Näheres Enneccerus, Verhandl. d. 24. D. Jur.-Tag. Bd. 4 S. 90 und 120. Ob übrigens bei nachträglicher Aenderung des Erfüllungsortes der ursprüngliche für das örtliche Recht massgebend zu bleiben hat, möchte ich bezweifeln. Sofern anzunehmen ist, dass den Parteien der Gedanke an das örtliche Recht überhaupt fern lag, warum soll nicht hier der Erfüllungsort entscheiden, an dem wirklich erfüllt wird und den die Parteien ebensogut von vornherein hätten bestimmen können? — Für den in die Wahl des Gläubigers gestellten Erfüllungsort vgl. R. G. (28 VI. 78) Bd. 24 S. 169.